3 1761 11638445 4


Digitized by the Internet Archive
in 2023 with funding from
University of Toronto

https://archive.org/details/31761116384454

CA1
RG 60
A56

Government Publications

Copyright Board of Canada



Annual Report • 2010-11

Copyright Board
Canada

CANADA

Commission du droit d'auteur
Canada

The Honourable Christian Paradis, P.C., M.P.
Minister of Industry and Minister of State (Agriculture)
Ottawa, Ontario
K1A 0A6

Dear Mr. Minister:

I have the honour of transmitting to you for tabling in Parliament, pursuant to section 66.9 of the *Copyright Act*, the twenty-third Annual Report of the Copyright Board of Canada for the financial year ending March 31, 2011.

Yours sincerely,

Claude Majeau

Claude Majeau
Vice-Chairman and
Chief Executive Officer

LIBRARY
JAN 3 1 2012
University of Toronto

56 Sparks Street, Suite 800, Ottawa, Ontario K1A 0C9
Telephone: (613) 952-8621 Fax: (613) 952-8630
Web Site: **www.cb-cda.gc.ca**

Table of Contents



CHAIRMAN'S MESSAGE 5

MANDATE OF THE BOARD 7

OPERATING ENVIRONMENT 9

ORGANIZATION OF THE BOARD 11

PUBLIC PERFORMANCE OF MUSIC 13

GENERAL REGIME 19

ARBITRATION PROCEEDINGS 23

RETRANSMISSION OF DISTANT SIGNALS 24

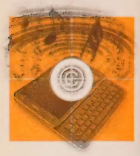
PRIVATE COPYING 25

UNLOCATABLE COPYRIGHT OWNERS 29

COURT PROCEEDINGS 31

AGREEMENTS FILED WITH THE BOARD 44

Board Members and Staff



as of March 31, 2011

Chairman:	The Honourable Justice William J. Vancise
Vice-Chairman and Chief Executive Officer:	Claude Majeau
Members:	Jacinthe Théberge J. Nelson Landry
Secretary General:	Gilles McDougall
General Counsel:	Mario Bouchard
Legal Counsel:	Valérie Demers
Economic Analysts:	Elizabeth Robert Raphael Solomon
Senior Clerk of the Board:	Josée Potvin
Assistant Clerk:	Nadia Campanella
Registry Officers:	Sid J. Bateman Tina Lusignan
Manager, Corporate Services:	Ivy Lai
Financial and Administrative Assistant:	Joanne Touchette
Technical Support Officer:	Michel Gauthier

Copyright Board of Canada

Chairman's Message

This is the sixth annual report in which I have the opportunity to describe the Board's activities during the past fiscal year.

In 2010-11, the Board held four hearings. In April and May 2010, the Board considered an inaugural tariff by Re:Sound Music Licensing Company (Re:Sound, formerly NRCC) for the use of recorded music to accompany dance and fitness activities (Tariff 6). In June 2010, the Board heard two applications for arbitration, namely the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) v. CBC and SODRAC v. Groupe Astral, merged into a single process. Immediately thereafter, the Board examined SODRAC's tariff for the reproduction of musical works embedded in cinematographic works (Tariff 5). This tariff process was also partially merged with the two applications for arbitration. Finally, in June 2010, the Board conducted a joint examination of the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada's (SOCAN) and CMRRA/SODRAC Inc.'s (CSI) tariffs for online music services.

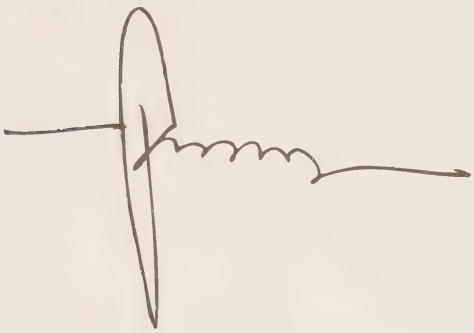
The Board issued five decisions during the fiscal year. One of these dealt with the public performance of musical works and sound recordings as well as the reproduction of musical works, sound recordings and performers' performances by commercial radio stations. A total of five tariffs were certified covering SOCAN, Re:Sound, CSI, AVLA Audio-Video Licensing Agency (AVLA) and the *Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec* (SOPROQ) (jointly AVLA/SOPROQ) and ArtistI for various years spanning the period 2008 through 2012. This was the first time that such a large number of collectives were heard jointly on tariffs that relates to the use of music by commercial radio stations.

The Board also set an interim Access Copyright tariff for the reprographic reproduction by post-secondary educational institutions for the years 2011-13. In addition, it dealt with two private copying decisions, certifying the private copying tariff for 2010 and for 2011. Finally, the Board issued a decision denying an application by the *Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport Québec* (MELS) for the use of the soundtrack of a video recording of a speech delivered by Severn Cullis-Suzuki. All of these decisions are described in greater detail in this report.

In the last fiscal year, eight licenses were also issued under the provisions of the *Copyright Act* which permit the use of published works for which the copyright owners cannot be located.

Finally, in my capacity as Chairman of the Copyright Board, I was invited to speak at the annual IPIC-McGill Summer Courses in Intellectual Property on August 10, 2010. I took this opportunity to discuss the impact, if any, the reviewing courts, in this case the Federal Court of Appeal, have on decisions of the Copyright Board and whether the Court's decisions affect the effectiveness of the Board. The speech is available on the Board's Web site.

In conclusion, I wish to thank my colleagues as well as the Board's staff for their support and assistance during this very busy year. The Board is fortunate to have qualified and dedicated employees who truly bring meaning to the concept of public service. Their expertise and work ethic make the work of the Board possible.



The Honourable Justice William J. Vancise

Mandate of the Board



The Copyright Board of Canada was established on February 1, 1989, as the successor of the Copyright Appeal Board. The Board is an economic regulatory body empowered to establish, either mandatorily or at the request of an interested party, the royalties to be paid for the use of copyrighted works, when the administration of such copyright is entrusted to a collective-administration society. Moreover, the Board has the right to supervise agreements between users and licensing bodies, issue licenses when the copyright owner cannot be located and may determine the compensation to be paid by a copyright owner to a user when there is a risk that the coming into force of a new copyright might adversely affect the latter.

The *Copyright Act* (the "*Act*") requires that the Board certify tariffs in the following fields: the public performance or communication of musical works and of sound recordings of musical works, the retransmission of distant television and radio signals, the reproduction of television and radio programs by educational institutions and private copying. In other fields where rights are administered collectively, the Board can be asked by a collective society to set a tariff; if not, the Board can act as an arbitrator if the collective society and a user cannot agree on the terms and conditions of a license.

The Board's specific responsibilities under the *Act* are to:

- certify tariffs for the public performance or the communication to the public by telecommunication of musical works and sound recordings [sections 67 to 69];
- certify tariffs, at the option of a collective society referred to in section 70.1, for the doing of any protected act mentioned in sections 3, 15, 18 and 21 of the *Act* [sections 70.1 to 70.191];
- set royalties payable by a user to a collective society, when there is disagreement on the royalties or on the related terms and conditions [sections 70.2 to 70.4];
- certify tariffs for the retransmission of distant television and radio signals or the reproduction and public performance by educational institutions, of radio or television news or news commentary programs and all other programs, for educational or training purposes [sections 71 to 76];
- set levies for the private copying of recorded musical works [sections 79 to 88];
- rule on applications for non-exclusive licenses to use published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, when the copyright owner cannot be located [section 77];

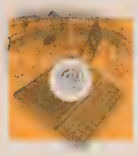
- examine, at the request of the Commissioner of Competition appointed under the *Competition Act*, agreements made between a collective society and a user which have been filed with the Board, where the Commissioner considers that the agreement is contrary to the public interest [sections 70.5 and 70.6];
- set compensation, under certain circumstances, for formerly unprotected acts in countries that later join the Berne Convention, the Universal Convention or the Agreement establishing the World Trade Organization [section 78].

In addition, the Minister of Industry can direct the Board to conduct studies with respect to the exercise of its powers [section 66.8].

Finally, any party to a license agreement with a collective society can file the agreement with the Board within 15 days of its conclusion, thereby avoiding certain provisions of the *Competition Act* [section 70.5].

Copyright Board of Canada

Operating Environment



Historical Overview

Copyright collective societies were introduced to Canada in 1925 when PRS England set up a subsidiary called the Canadian Performing Rights Society (CPRS). In 1931, the *Copyright Act* was amended in several respects. The need to register copyright assignments was abolished. Instead, CPRS had to deposit a list of all works comprising its repertoire and file tariffs with the Minister. If the Minister thought the society was acting against the public interest, he could trigger an inquiry into the activities of CPRS. Following such an inquiry, Cabinet was authorized to set the fees the society would charge.

Inquiries were held in 1932 and 1935. The second inquiry recommended the establishment of a tribunal to review, on a continuing basis and before they were effective, public performance tariffs. In 1936, the *Act* was amended to set up the Copyright Appeal Board.

On February 1, 1989, the Copyright Board of Canada took over from the Copyright Appeal Board. The regime for public performance of music was continued, with a few minor modifications. The new Board also assumed jurisdiction in two new areas: the collective administration of rights other than the performing rights of musical works and the licensing of uses of published works whose owners cannot be located. Later the same year, the *Canada-US Free Trade Implementation Act* vested the Board with the power to set and apportion royalties for the newly created compulsory licensing scheme for works retransmitted on distant radio and television signals.

Bill C-32 (*An Act to amend the Copyright Act*) which received Royal Assent on April 25, 1997, modified the mandate of the Board by adding the responsibilities for the adoption of tariffs for the public performance and communication to the public by telecommunication of sound recordings of musical works, for the benefit of the performers of these works and of the makers of the sound recordings ("the neighbouring rights"), for the adoption of tariffs for private copying of recorded musical works, for the benefit of the rights owners in the works, the recorded performances and the sound recordings ("the home-taping regime") and for the adoption of tariffs for off-air taping and use of radio and television programs for educational or training purposes ("the educational rights").

General Powers of the Board

The Board has powers of a substantive and procedural nature. Some powers are granted to the Board expressly in the *Act* and some are implicitly recognized by the courts.

As a rule, the Board holds hearings. No hearing will be held if proceeding in writing accommodates a small user that would otherwise incur large costs. The hearing may be dispensed with on certain preliminary or interim issues. No hearings have been held yet for a request to use a work whose owner cannot be located. This process has been kept simple. Information is obtained either in writing or through telephone calls.



The examination process is always the same. The collective society must file a statement of proposed royalties which the Board publishes in the *Canada Gazette*. Tariffs always come into effect on January 1. On or before the preceding 31st of March, the collective society must file a proposed statement of royalties. The users targeted by the proposal (or in the case of private copying, any interested person) or their representatives may object to the statement within sixty days of its publication. The collective society in question and the opponents will have the opportunity to argue their case in a hearing before the Board. After deliberations, the Board certifies the tariff, publishes it in the *Canada Gazette* and explains the reasons for its decision in writing.

Guidelines and Principles Influencing the Board's Decisions

The decisions the Board makes are constrained in several respects. These constraints come from sources external to the Board: the law, regulations and judicial pronouncements. Others are self-imposed, in the form of guiding principles that can be found in the Board's decisions.

Court decisions also provide a large part of the framework within which the Board operates. Most decisions focus on issues of procedure, or apply the general principles of administrative decision-making to the specific circumstances of the Board. However, the courts have also set out several substantive principles for the Board to follow or that determine the ambit of the Board's mandate or discretion.

The Board also enjoys a fair amount of discretion, especially in areas of fact or policy. In making decisions, the Board itself has used various principles or concepts. Strictly speaking, these principles are not binding on the Board. They can be challenged by anyone at anytime. Indeed, the Board would illegally fetter its discretion if it considered itself bound by its previous decisions. However, these principles do offer guidance to both the Board and those who appear before it. In fact, they are essential to ensuring a desirable amount of consistency in decision-making.

Among those factors, the following seem to be the most prevalent: the coherence between the various elements of the public performance of music tariffs, the practicality aspects, the ease of administration to avoid tariff structures that make it difficult to administer the tariff in a given market, the search for non-discriminatory practices, the relative use of protected works, the taking into account of Canadian circumstances, the stability in the setting of tariffs that minimizes disruption to users, as well as the comparisons with "proxy" markets and comparisons with similar prices in foreign markets.

Copyright Board of Canada

Organization of the Board

Board members are appointed by the Governor in Council to hold office during good behaviour for a term not exceeding five years. They may be reappointed once.

The *Act* states that the Chairman must be a judge, either sitting or retired, of a superior, county or district court. The Chairman directs the work of the Board and apportions its caseload among the members.

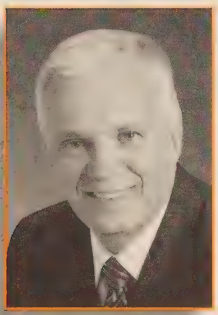
The *Act* also designates the Vice-Chairman as Chief Executive Officer of the Board, exercising direction over the Board and supervision of its staff.

Chairman



The Honourable William J. Vancise, a justice of the Court of Appeal for Saskatchewan, was appointed part-time Chairman of the Board in May 2004 and reappointed in 2009 for a five-year term. Mr. Justice Vancise was appointed to the Court of Queen's Bench in 1982 and to the Court of Appeal for Saskatchewan in November 1983 where he continues to serve. In 1996, he was appointed Deputy Judge of the Supreme Court of the Northwest Territories. Mr. Justice Vancise earned an LL.B. from the University of Saskatchewan in 1960 and was called to the Saskatchewan Bar in 1961. He joined Balfour and Balfour as an associate in 1961 and in 1963 he was named a partner at Balfour, McLeod, McDonald, Laschuk and Kyle, where he became the managing partner in 1972. Mr. Justice Vancise received his Queen's Counsel designation in 1979.

Vice-Chairman & Chief Executive Officer



Claude Majeau was appointed as full-time Vice-Chairman and Chief Executive Officer in August 2009 for a five-year term. Since 1993, he occupied the position of Secretary General of the Copyright Board. Before joining the Board, Mr. Majeau worked for the Department of Communications of Canada from 1987 to 1993 as Director (Communications and Culture) for the Quebec Region. From 1984 to 1987, he was Chief of Staff to the Deputy Minister of the same department. Before 1987, he occupied various positions dealing with communications and cultural industries and public policy. Mr. Majeau earned an LL.B. from the Université du Québec à Montréal in 1977 and has been a member of the Barreau du Québec since 1979.

Members



Ms. Jacinthe Théberge is a full-time member appointed in May 2007 for a five-year term. Prior to her appointment, Ms. Théberge was practicing law with the Community Legal Centre of the Outaouais Region in the fields of civil and administrative matters. From 1991 to 2003, Ms. Théberge served as a part-time member of the Canadian Human Rights Tribunal. Recently, she worked in strategic planning as an advisor and analyst in the communications and health technologies sectors. Ms. Théberge is a graduate of the Université de Montréal (LL.B. in 1972).

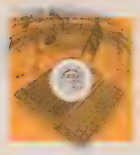


J. Nelson Landry was appointed in February 2010 as a part-time member for five years. Most recently, Mr. Landry served as an arbitrator in intellectual property. From 2002 to 2005, he was an instructor of the Patent Agent Training Course – Infringement and Validity at the Intellectual Property Institute of Canada. In 2003, he taught part-time at the Université de Montréal and from 1969 to 2002, Mr. Landry was a senior partner at Ogilvy Renault. Mr. Landry obtained a BCL from McGill University in 1968 and was called to the Québec Bar in 1969. He also obtained a BSc in 1965 and a BA in 1959 from the Université de Montréal.

*Note: Detailed information on the Board's resources, including financial statements, can be found in its Report on Plans and Priorities for 2011-12 (Part III of the Estimates) and the Performance Report for 2010-11. These documents are or will soon be available on the Board's Web site (**www.cb-cda.gc.ca**).*

Copyright Board of Canada

Public Performance of Music



Background

The provisions under sections 67 onwards of the *Act* apply to the public performance of music or the communication of music to the public by telecommunication. Public performance of music means any musical work that is sung or performed in public, whether it be in a concert hall, a restaurant, a hockey stadium, a public plaza or other venue. Communication of music to the public by telecommunication means any transmission by radio, television or the Internet. Collective societies collect royalties from users based on the tariffs approved by the Board.

Filing of Tariff Proposals

On March 31, 2011, the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) and Re:Sound – formerly known as the Neighbouring Rights Collective of Canada (NRCC) – filed their respective statement of proposed royalties to be collected in 2012; some tariffs cover more than one year.

Hearings

During the fiscal year, the Board held two hearings as follows:

- In April and May 2010, the Board considered an inaugural tariff by Re:Sound for the use of recorded music to accompany dance and fitness activities (Tariff 6). This tariff is to set the royalties to be paid by fitness centres and dance venues for their use of recorded music.
- In June 2010, the Board conducted a joint examination of SOCAN's tariff for the communication to the public by telecommunication of musical works and of CSI's tariff for the reproduction for musical works, both in respect of online music services.

Decisions

One decision was rendered during the fiscal year, as follows.



July 9, 2010 – Commercial Radio Tariff: SOCAN (2008-2010), Re:Sound (2008-2011), CSI (2008-2012), AVLA/SOPROQ (2008-2011), ArtistI (2009-2011)

A Canadian radio station that broadcasts recorded music off a server must account for six rights. These are:

- the exclusive right to communicate a musical work to the public by telecommunication, administered by the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN);
- the exclusive right to reproduce the work, administered by the Canadian Musical Reproduction Rights Agency (CMRRA) and the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) when acting separately, or by CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) when CMRRA and SODRAC are acting together;
- the exclusive right to reproduce a sound recording, administered by the Audio-Video Licensing Agency (AVLA) and the Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec (SOPROQ), jointly AVLA/SOPROQ;
- the exclusive right to reproduce any reproduction of an authorized fixation of a performer's performance for a purpose other than that for which the authorization was given, administered by ArtistI, ACTRA/PRS or AFM Canada;
- the remuneration rights that performers and makers each enjoy when a published sound recording of a musical work is communicated to the public by telecommunication, administered by Re:Sound Music Licensing Company (Re:Sound).

SOCAN, Re:Sound, CSI, AVLA/SOPROQ, and ArtistI filed proposed tariffs separately, for the years 2008-2010, 2008-2011, 2008-2012, 2008-2011 and 2009-2011, respectively. At the request of the sole objector to the tariffs, the Canadian Association of Broadcasters (CAB), the Board examined them jointly. ACTRA/PRS and AFM Canada, who had not filed proposals, were given leave to intervene. This was the first time that the Board has been asked to set tariffs for all those rights at the same time.

The Board considered several legal questions, including the following:

What is the nature of the performer's reproduction right pursuant to subparagraph 15(1)*(b)*(ii)?

Subsection 15(1) of the *Act* grants to performers a copyright in their performance. The rights granted to a performer pursuant to paragraph 15(1)*(b)* arise only if the performance "is fixed", whether or not with the consent of the performer. For its part, subparagraph 15(1)*(b)*(ii) comes into play only if the performer consented to the fixation. If the performer consents to certain uses but not others, the performer retains the copyright over reproductions made for any use other than those for which consent was given. By contrast, to the extent that performers authorize certain reproductions of the fixation of their performance, the reproduction right does not materialize.

Recording contracts determine what a performer authorizes. Since no individual contracts were filed, the Board relied on boiler-plate recording contracts. The Board found that the reproduction right for performers outside Quebec does not materialize, since the contracts typically grant to makers the exclusive right to use their performance for all purposes.



In the province of Quebec, individual recording contracts are as broad as those used elsewhere in Canada. However, in that province, individual contracts are unenforceable if they provide less favourable terms than those stipulated in collective agreements reached pursuant to *An Act respecting the Professional status and conditions of engagement of performing, recording and film artists (SAA)*. The Board first rejected CAB's argument that the SAA was invalid legislation, ruling that it was legislation related to labour law in the cultural industries. It then looked at collective agreements reached by the Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ), representing most sound recording makers in Quebec, with the *Union des Artistes* (UdA) and the *Guilde des Musiciens du Québec* (Guilde), making the assumption that as a rule, an agreement only grants the producer what is necessary to pursue the object of the recording agreement, that is, the commercial exploitation of the sound recording. The Board concluded that individual contracts subject to the UdA agreement and signed before 2000 could not grant rights beyond physical media. After that, the agreement authorizes the upload of a copy of a phonogram to a music delivery service (MDS) and the download of that copy to a radio station, but not any subsequent reproductions made using the MDS copy. The Guilde agreement, by contrast, allows performers to authorize makers to use the fixation of their performance for "all purposes". UdA members retain a copyright on certain digital copies made by radio stations, while the copyright of Guilde members never materializes.

In using "works" as they do, are radio stations making protected reproductions?

The CAB contended that some of the broadcasters' reproduction activities are not protected under the *Act*. For an activity to be a "reproduction" protected by the *Act*, it must involve the act of copying a protected work, the copying must be "substantial" and the resulting copy must be in a material form.

The Board distinguished three types of uses: downloads from a MDS, listening to songs off a MDS Web site and simulcasting. The CAB submitted that broadcasters are not liable for the MDS copies for two reasons. First, the MDS makes the copies. Second, a material copy does not exist until a music file is incorporated into a playback system. The Board rejected both arguments.

In the context of Internet transmission, words such as "transfer", "deliver", "download", "send" and "file" are metaphors. The Internet is not used to transfer files but to transmit packets of data. A file that is copied from one computer to another is not shipped from one to the other. Thus, the contention that music files downloaded off a MDS Web site are created on the MDS server, "delivered" to a radio station and then "stored" on the station's computer is factually flawed. The broadcaster itself creates all copies on its server. Furthermore, a copy exists before a file is incorporated into a playback system, since it is available for use by the broadcaster before that. Downloads from a MDS are reproductions in the same way as permanent downloads are. By contrast, using the song audition function offered by a MDS does not involve a reproduction of a substantial part of a work, since the entire song is never downloaded at once.

In a previous decision dealing with commercial radio, the Board had presumed that simulcasting activities include reproductions. Since there was no evidence in favour or against this presumption presented at this hearing, the Board applied the presumption once more.



Are radio stations liable for these reproductions?

The CAB argued that a MDS already authorizes broadcasters to make reproductions. The issues to be decided were whether and to what extent a MDS has the required authority to grant licenses. Insofar as authors are concerned, neither CSI nor its members have any relationship with any MDS. Similarly, performers who are ArtistI members have no relationship with any MDS. Owners of sound recordings do. And since AVLA and SOPROQ act as non-exclusive agents of their members, they cannot stop makers from licensing certain uses to a MDS.

Agreements between labels, MDS and broadcasters make it clear that MDS are agents of the labels. However, the terms of the agreements limit the authorization to the initial encrypted and decrypted copies; subsequent copies are not covered by the license and as such, are subject to the tariff.

Having dealt with these and other legal questions, the Board considered the positions of the parties.

SOCAN proposed that its main rate be increased from 4.4 to between 4.7 and 5.2 per cent of revenues. Re:Sound proposed an increase from 2.1 to 2.24 per cent. CSI requested an increase from 0.8 to 1.32 per cent. AVLA/SOPROQ and ArtistI asked for a top rate of 4 and 2.43 per cent respectively, subject to a repertoire adjustment. The CAB proposed a rate of 2.9 per cent for all rights required to play music on a commercial radio station.

SOCAN and Re:Sound argued that their rates should rise, due mainly to an increase in music use; they also asked that royalties be calculated on gross income. CSI gave three reasons for increasing its rate. First, the SOCAN rate has increased. Second, music use has increased. Third, CSI now holds a larger share of the repertoire. AVLA/SOPROQ asked that their rate be set using an independent valuation methodology. ArtistI proposed to set its rate based on a comparison with the CSI rate. The CAB asked that all rights be valued as a single input and claimed the right to deduct from the rate base the fair market value of the cost of production services provided to advertisers pursuant to turn-key contracts.

The Board considered and rejected the three economic methodologies proposed by the parties for the valuation of music by commercial radio.

The CAB proposed to update and adjust somewhat the methodology which the Board had used in its most recent decision dealing with commercial radio. The Board refused, stating that this model could only serve to measure long-term trends. In the absence of altered long-term circumstances, the rate should remain the same.



Copyright Board of Canada

The Board rejected the first methodology proposed by AVLA and SOPROQ because it assumed a perfect correspondence between music use and advertising revenue. The Board could not accept that if music, even weighted by listeners, accounts for a certain percentage of total advertising revenues, it necessarily follows that the same percentage of listeners are attracted to the station and retained because of music.

The second methodology proposed by AVLA and SOPROQ identified the value of music reproductions with the difference in cost savings between music and talk stations. Differences in the financial performance of music and talk stations can result from many factors which the model does not take into account, including audience levels, station size, broadcasting frequency band and reliance on on-air personalities. Cost differences between music and talk content could also be explained by increases in the cost of talk content.

In the end, having reviewed the history of earlier tariffs and having rejected all valuation methodologies presented to it, the Board opted for stability. Until 2005, the SOCAN rate had remained basically unchanged for more than 25 years. The Re:Sound rate was first set in 1999, as a function of the SOCAN rate. In 2005 and 2008, using different methodologies and considering a number of factors that could impact on the value of music, the Board increased the effective SOCAN rate to 4.2 per cent and derived the Re:Sound rate using the same formula as in 1999. A new balance was created. Stable rates avoid administrative costs associated with rate changes. The only issue left as a result was music use, and the evidence did not establish whether the increase in music use was a sufficiently permanent trend to warrant a permanent adjustment in the rate. Consequently, the rates for SOCAN and Re:Sound remained the same.

By contrast, the Board adjusted the CSI rates to reflect the recent increase in the SOCAN rates and the increase in CSI's share of the repertoire. As for SOCAN, the Board declined to further adjust the CSI rate to reflect any increase in music use since 2005.

The starting point for the ArtistI and AVLA/SOPROQ rates was the CSI rate. As is the case for the communication right, the value to radio stations of the reproduction right of musical works is equal to that of the sound recording. The value of the reproduction right in the sound recording is ascribed equally to the performance and the sound recording, whether or not the performer's 15(1)*(b)*(ii) copyright materializes. If it does, the value of the performance is attributed to the performer; if not, that value is attributed to the maker. The rate for ArtistI was arrived at by multiplying half the CSI rate by the repertoire share represented by the collective.

Since makers "own" most of the value of performances embedded in sound recordings, the starting point for the AVLA/SOPROQ rate was in effect the full CSI rate, though the value of the performance and of the sound recording were calculated separately. That rate was adjusted on several accounts. First, the value of the original MDS reproductions was removed since these are already licensed. Second, what a performer "owned", whether or not a collective had filed a tariff, was deducted. Finally, the amounts were discounted to reflect AVLA/SOPROQ's repertoire share.



CAB had asked that a lower rate be set for talk radio stations. The Board refused to do so, rather favouring harmonization and simplification of the tariffs.

The Board accepted in principle that revenues associated with production services are not advertising revenues and should not be included in the rate base. However, nothing on the record would have allowed the Board to remove these revenues from the rate base, because of the way production services are bundled with advertising contracts. Since the Board found it important to have the same rate base for all collectives, it set the rate base as gross income.

The rates for all collective societies are summarized in the following table.

Rates Certified by the Board, in Percentage of Gross Income

	SOCAN	Re:Sound	CSI	AVLA/SOPROQ	Artisti
Low Music Use Stations					
For revenues not exceeding $625,000	1.5	0.75	0.135	0.113	0.003
For revenues above $625,000 but not exceeding $1.25M	1.5	0.75	0.259	0.234	0.005
For revenues above $1.25M	1.5	0.75	0.434	0.405	0.008
Other Stations					
For revenues not exceeding $625,000	3.2	1.44	0.304	0.278	0.006
For revenues above $625,000 but not exceeding $1.25M	3.2	1.44	0.597	0.564	0.011
For revenues above $1.25M	4.4	2.1	1.238	1.192	0.023

Note: The Re:Sound rates are subject to subparagraph 68.1(1)(a)(i) of the Act *which sets the amount broadcasters pay on advertising revenues not exceeding $1.25 million at $100 per year.*

Copyright Board of Canada

General Regime



Background

Sections 70.12 to 70.191 of the *Act* give collective societies that are not subject to a specific regime the option of filing a proposed tariff with the Board. The review and certification process for such tariffs is the same as under the specific regimes. The certified tariff is enforceable against all users; however, in contrast to the specific regimes, agreements signed pursuant to the general regime take precedence over the tariff.

Filing of Tariff Proposals

The following tariff proposals were filed with the Board in March 2011 in accordance with section 70.13 of the *Act*:

- Tariff filed by ACTRA PRS/MROC for the reproduction, in Canada, of performers' performances by commercial radio stations for the year 2012.
- Tariff filed by ArtistI for the reproduction, in Canada, of performers' performances by commercial radio stations for the years 2012 to 2014.
- Tariff filed by AVLA/SOPROQ for the reproduction, in Canada, of sound recordings by commercial radio stations for the years 2012 to 2017.
- Tariffs filed by CMRRA-SODRAC Inc. (CSI) for the reproduction of musical works, in Canada, by non-commercial radio stations for the year 2012, and by online music services for the year 2012.
- Tariff filed by the Educational Rights Collective of Canada (ERCC) for the reproduction and performance of works or other subject-matters communicated to the public by telecommunication by educational institutions, in Canada, for the years 2012 to 2016.
- Tariff filed by the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) for the reproduction of musical works embedded in a music video, in Canada, by online music services for the year 2012.

Hearings

During fiscal year 2010-11, the Board held the following hearing, which also dealt with two applications for arbitration:

- In June 2010, immediately after hearing two applications for arbitration, namely SODRAC v. CBC and SODRAC v. Groupe Astral, merged into a single process, the Board examined SODRAC's tariff for the reproduction of musical works embedded in cinematographic works (Tariff 5). This tariff process was also partially merged with the two applications for arbitration.
- In June 2010, the Board conducted a joint examination of CSI's tariff for the reproduction of musical works and of SOCAN's tariff for the communication to the public by telecommunication of musical works, both in respects of online music services.

Decisions

One decision was rendered during the fiscal year, as follows.

March 16, 2011 – Access Copyright's Interim Tariff for Post-Secondary Educational Institutions for the Years 2011 to 2013

On March 31, 2010, Access Copyright (Access) filed a proposed tariff for reprographic reproduction by post-secondary educational institutions. The final tariff was to apply from January 1, 2011. The licenses that governed the relations between Access and the institutions were to expire on that date. However, hearings into the matter will not start until much later, and a final tariff will be certified only after that.

On October 13, 2010, Access applied for an interim decision that would ensure that the existing licensing regime would continue to apply, with some exceptions, until the Board certifies a final tariff. Seventeen objectors opposed the application.

On December 23, 2010, the Board granted the application and issued an interim tariff. On March 16, 2011, the Board issued the reasons for its decision. The interim tariff maintained the *status quo*, such as it existed in the Association of Universities and Colleges of Canada (AUCC) model license, to the extent possible. This includes a fee of $3.58 per full-time equivalent student.

Over the years, the Board has developed a number of principles in dealing with applications for interim decisions, in keeping with the leading authority on the nature and purpose of interim decisions. An interim decision serves above all to counteract the negative consequences caused by the length of the proceedings. An interim decision may be issued to prevent a legal vacuum. Interim decisions are made expeditiously on the basis of evidence often insufficient for the purposes of the final decision, and even in the absence of any evidence. Generally, the best way to achieve the purposes of an interim decision is to maintain the status quo while preventing a legal vacuum. Finally, an interim decision does not determine the merits of any issue to be settled in a final decision; it does not prejudge the final result.

The Board explained its decision to grant the application on a number of grounds. A licensing regime allowing the Institutions to use the repertoire of Access has been in place since 1994. An interim decision will prevent legal voids: absent such a decision, some Institutions will use the repertoire without authorization where one is needed. An interim decision will provide certainty until the Board certifies a final tariff without imposing a single licensing solution; instead, it will add a tool Institutions can use to comply with their copyright obligations. Granted, this was the first time the Board extended the *status quo* in the context of an inaugural tariff filed pursuant to the general regime, in a market where previous licensing arrangements existed. This was not reason enough to refuse the decision, especially since existing agreements were so similar in their essence and so prevalent in the marketplace as to operate as a de facto tariff. *Status quo* is a matter of fact, not of form.

The objectors opposed the application on a number of grounds. They argued that the Board lacked jurisdiction in the circumstances of this case, that the conditions for issuing an interim decision had not been met, that this was not an appropriate case for issuing such a decision and that the remedy sought did not preserve the *status quo*. The Board concluded that while arguments as to whether the Board could or should issue an interim decision misrepresented the Board's powers or the relevant facts, some did have merits.

In the course of dealing with the objectors' arguments, the Board provided answers to numerous legal and policy issues including the following.

As a rule, the duty to inform falls on users to inform rights holders of their intent to use something protected by copyright, not on rights holders to inform users of what they own or of the terms under which they issue licenses.

The entitlement of a copyright owner to control protected uses of her works by others is statutory, not contractual. No contract is needed for a user engaged in an unauthorized protected use to be obligated to the copyright owner. Therefore, it is wrong to suppose that users are free to make protected uses of the works of others once an agreement allowing those uses has expired or that the entitlement to collect royalties expires when a license expires. The only thing that ends with the license is the user's entitlement to use the repertoire, not the rights holder's entitlement to be paid.

The Board's power to issue interim decisions is found in section 66.51 of the *Act*. It is an express power, not an inferred one.

An interim tariff is not like an injunction. An injunction prevents a person from doing what he or she would otherwise be free to do. An interim decision settles the terms according to which a person may, if he or she so wishes and without the consent of the copyright owner, make protected uses that would otherwise require a permission that can be withheld.

An interim tariff is not mandatory. An institution that does not require a license need not comply with the tariff. It can avoid its application by purchasing the work, negotiating a license to copy the work with Access or its affiliates, not using any work in the repertoire of Access or engaging only in conduct exempt from liability.

It is neither legally impossible nor unfair to set an interim tariff can be set without knowing exactly the works to which it will apply. A collective society's repertoire changes daily, if not hourly. While it is often possible to determine, at any point in time, if a specific work or list of works is in a repertoire, it is never possible to determine all that it contains. This will remain true even if a collective could legitimately claim to represent all that is protected by copyright, if only because "all that is protected by copyright" always remains indeterminate.



Some objectors argued that the Institutions' copying practices have changed so significantly that the Board ought to set a nominal fee. These arguments were based on conjecture and prejudged the very debate that this matter is all about: the advent of Internet may not have resulted in the paperless institution.

Arguments that the interim application raised anti-competitive concerns were also rejected. Access is not a monopoly in at least two respects. It does not represent the world repertoire and what it does is represented on a non-exclusive basis. The users remain free to deal directly with its affiliates. Also, the Board's mandate is not to protect users against potential abuse of monopoly power by collectives, but to maintain a balance in the relevant markets.

Though the interim tariff should preserve the *status quo*, it cannot license a use that the final tariff does not target. Thus, the Board refused to include musical works in the interim tariff. To preserve the *status quo*, the interim tariff includes an indemnity clause even though the Board had already ruled such clause unnecessary in Access tariffs. The issue would need to be revisited later on in these proceedings. The licensing of digital copies was included as an option in the interim tariff, even though objectors claimed they did not wish to use the option.

The reasons ended by commenting on the wording of the interim tariff. To the extent possible, it tracks the wording of the AUCC model license. Changes were made only where necessary. Wherever the AUCC model license left it open for an Institution and Access Copyright to agree on certain terms, the terms of the latest agreement were incorporated by reference to the tariff. Finally, the existing list of works that are expressly excluded from the license was maintained, as it is a necessary adjunct to the indemnity clause that was also maintained.



Arbitration Proceedings

Pursuant to section 70.2 of the *Act*, on application of the society or the user, the Board can set the royalties and the related terms and conditions of a license for the use of the repertoire of a collective society subject to section 70.1, when the society and a user are unable to agree on the terms of the license.

In June 2010, the Board heard two applications for arbitration, namely SODRAC v. CBC and SODRAC v. Groupe Astral, merged into a single process. SODRAC's Tariff 5 for the reproduction of musical works embedded in cinematographic works was also partially merged with the two applications for arbitration.

Decisions

The Board rendered no decision during the fiscal year.

Requests

The Board received no request for arbitration in the year 2010-11.

On July 27, 2010, after having been informed that an agreement had been reached between the parties, the Board confirmed that it would not proceed with an arbitration request filed by SODRAC on September 3, 2009, with regard to MusiquePlus.

Retransmission of Distant Signals



Background

The *Act* provides for royalties to be paid by cable companies and other retransmitters for the retransmission of distant television and radio signals. The Board sets the royalties and allocates them among the collective societies representing copyright owners whose works are retransmitted.

Filing of Tariff Proposals

The Canadian Broadcasters Rights Agency Inc, the Canadian Retransmission Right Association and the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada filed a radio retransmission tariff for 2012 and 2013.

Hearings

No hearings were held in 2010-11.

Decisions

No decision was rendered during the fiscal year.

Private Copying



Background

The private copying regime entitles an individual to make copies (a "private copy") of sound recordings of musical works for that person's personal use. In return, those who make or import recording media ordinarily used to make private copies are required to pay a levy on each such medium. The Board sets the levy and designates a single collecting body to which all royalties are paid. Royalties are paid to the Canadian Private Copying Collective (CPCC) for the benefit of eligible authors, performers and producers.

The regime is universal. All importers and manufacturers pay the levy. However, since these media are not exclusively used to copy music, the levy is reduced to reflect non-music recording uses of media.

Filing of Tariff Proposals

On March 31, 2011, the Canadian Private Copying Collective (CPCC) filed a statement of proposed levies to be collected for private copying for the years 2012 and 2013.

Hearings

No hearings were held during the fiscal year.

Decisions

Two decisions were rendered during the fiscal year, as follows.

November 2, 2010 – Tariff for 2010

On January 22, 2009, the Canadian Private Copying Collective (CPCC) filed its Private Copying Tariff for 2010, asking to maintain the current rates of $0.24 for audio cassettes and $0.29 for CDs and MiniDiscs.

The Canadian Association of Broadcasters filed and then withdrew its objection. Z.E.I. Media Plus Inc. (ZEI) objected to claim that "professional CDs" should not be subject to the tariff.

ZEI argued that data CDs are not a single, homogeneous kind of medium and that professional CDs are not ordinarily used by consumers to copy music. ZEI further argued that any characteristic that serves to distinguish two types of CDs with respect to their ordinary use cannot be ignored if the private copying regime is to be fair and equitable.



CPCC argued that a medium can only be divided into different types if there are technological or physical (intrinsic) distinctions that cause a type of CD to not be used to copy music. Conversely, extrinsic characteristics should not be used to establish that a distinct type of CD exists.

Parliament intended the private copying regime to be sensitive to market realities and to have the flexibility to adapt to a changing environment. The regime is designed to allow the Board maximum flexibility to include and exclude the required elements in order to be as fair as possible to all concerned and to reinforce the nexus that is required to maintain the constitutionality of the regime. That being said, if professional CDs were to be treated differently from other CDs, there would have to be at least one stable characteristic that could be used to distinguish them from other CDs. Furthermore, such characteristic should not be capable of easy manipulation for the purpose of avoiding the tariff. As a rule, intrinsic characteristics should be preferred over extrinsic ones, though the distinction between the two is far from easy to draw in some instances.

On the whole, professional CDs are not branded while other CDs are. However, there is no clear definition of an unbranded CD. Branding is not a stable characteristic: an unbranded CD can be branded at any time after importation or manufacturing. This creates enforcement issues: no levy is payable on CDs that are branded only after the importer has disposed of them. Also, branding is not a characteristic that tends to affect the likelihood of a consumer purchasing the CD or using it to copy music.

The Board rejected the claim that bulk packaging distinguishes professional CDs. Packaging is a clear example of an extrinsic, inherently unstable characteristic that can easily be manipulated for tariff avoidance. Furthermore, packaging of CDs at the retail level can have a bulk flavour. ZEI also asserted that professional CDs do not comply with the requirements of the *Consumer Packaging and Labelling Act (CPLA)*. Many CDs are sold to consumers that do not comply with the *CPLA*; this and all other characteristics proposed by ZEI were not sufficiently obvious and stable to be verifiable.



Copyright Board of Canada



Accordingly, the Board found that there are no stable characteristics of professional CDs that allow them to be distinguished from commercially available CDs.

Furthermore, for professional CDs not to be levied, use of them for private copying must be so low as not to meet the statutory definition of "audio recording medium". Actual consumer use of professional CDs to copy music is not so marginal that they fail to meet the statutory definition. ZEI's own sales data made it clear that consumer access to professional CDs is not trivial. The proportion of professional CDs reaching consumers is not negligible, and consumers who purchase such CDs are just as likely to use them to copy music as other CDs. Accordingly, the Board did not exclude professional CDs from the Private Copying Tariff.

The Board considered the usage of cassettes, CDs and MiniDiscs for private copying. Less than one per cent of private copies are made on cassettes. Their use for copying music has become marginal and no longer merits a private copying levy. Use of CDs for private copying is decreasing but remains quantitatively significant. Absent any new information on the use of MiniDiscs for private copying, the Board retained CDs and MiniDiscs in the Private Copying Tariff.

The Board accepted expert testimony to the effect that 80 per cent of private copying is done of selected tracks, rather than whole albums. Noting that online music services charge an average premium of 40 per cent for single tracks relative to the per-track price of whole albums, the Board computed an adjustment of 32 per cent to the value of CD copying to account for selection.

Other than this adjustment, the Board resorted to the valuation model used in previous private copying decisions. The CD and MiniDisc rate for 2010 was computed to be $0.29: the increase for single-track copying compensates for decreases in other factors in the valuation model. The valuation model also indicated authors, performers and makers should receive respectively 58.2 per cent, 23.8 per cent and 18 per cent of the total royalties. The Board approved this allocation.



December 17, 2010 – Tariff for 2011

On March 31, 2010, CPCC filed its proposed Private Copying Tariff for 2011.

The proposed tariff asked for a levy on audio cassettes. When certifying the Private Copying Tariff for 2010, the Board had decided that audiocassettes should no longer be subject to a levy. The updated data CPCC filed at the Board's request no longer made reference to this type of media. The Board treated the matter as settled.

The updated data CPCC filed were substantially different from the data submitted for the 2010 tariff. They indicated that substantially more tracks had been copied and that while the number of blank CDs sold had decreased significantly, unit sales to individuals had remained more or less the same.

Generally, a tariff should reflect trends of markets to which it applies. Reacting to short term changes creates instability and uncertainty. Based on the evidence, the Board concluded that the updated data did not reflect a long trend and should not be used to set the levy. Sales of blank CDs are contracting rapidly and will become insignificant within the next few years. In this context, information CPCC is able to obtain, especially that derived from surveys, necessarily becomes less reliable.

Other results were intuitively questionable. For example, the Board did not believe that the number of copies onto CDs has gone up by more than 50 per cent in one year. Finally, the relevance of some data would need to be re-examined if market changes were as rapid as the data implied.

That being said, CPCC asked only that the rate remain the same and the Board saw no reason to lower it. The Board certified a rate for blank CDs of $0.29, identical to the rate it had certified for the previous year. However, the Board removed the levy on MiniDiscs. Fewer than 8,000 were reported sold in Canada in 2009; consequently, these were not longer being ordinarily used for private copying.

Copyright Board of Canada

Unlocatable Copyright Owners



Pursuant to section 77 of the *Act*, the Board may grant licenses authorizing the use of published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, if the copyright owner is unlocatable. However, the *Act* requires the applicants to make reasonable efforts to find the copyright owner. Licenses granted by the Board are non-exclusive and valid only in Canada.

During the fiscal year, 30 applications were filed with the Board and eight licenses were issued as follows:

- *John S. Long*, North Bay, Ontario, for the reproduction of the article entitled "The White Dog Feast" written by Joseph Vanasse in 1907.
- *University of Athabasca*, Athabasca, Alberta, for the digital reproduction and communication to the public of community newspapers.
- *Lauren Bergen*, Lasqueti Island, B.C., for the reproduction of a bilingual book entitled "New Students' Edition, Enlarged and Revised, A New Method for the Pianoforte / Nouvelle "Édition des élèves", Augmentée et Revisée, Une nouvelle méthode pour le piano" written by James Bellack, translated by F. Raynaud and published by Whaley, Royce and Co. in 1917.
- *Société Radio-Canada*, Montreal, Quebec, for the reproduction of excerpts of three musical works in a television program.
- *National Film Board of Canada*, Montreal, Quebec, for the reproduction and incorporation, in a documentary film, of a cartoon by Stewart Cameron.
- *McGraw-Hill Ryerson Limited*, Whitby, Ontario, for the reproduction and communication to the public by telecommunication of a work created by Sidney Clark Ells.
- *Canadian Coast Guard*, Sydney, N.S., for the reproduction of "Chaudières marine, questions et réponses" as translated by W.D. Ewart from "Marine Boilers Questions and Answers" by G.T.H. Flanagan and published in 1984 by Stanford Maritime, London, UK.
- *PCF Angle Mort Film Inc.*, Montreal, Quebec, for the reproduction, synchronization and public performance of an extract of a television series entitled "Maria del Barrio".

On October 15, 2009, the *Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport Québec* (MELS) applied to the Board for a licence for the use of an unlocatable copyright owner's work in order to use the soundtrack of the video recording of a speech delivered by Severn Cullis-Suzuki at the Earth Summit held in Rio de Janeiro in 1992. The MELS intended to perform the soundtrack in public in the course of a test.

The Board concluded that there is no need to issue a licence in the circumstances because the MELS falls under the exception set out in subsection 29.4(2) of the *Act*, that is, an educational institution performing a work publicly required for a test or examination. Furthermore, the soundtrack is not commercially available. Finally, the soundtrack does not appear to be part of the repertoire of a collective society.

Copyright Board of Canada



SOCAN Tariff 22.A (Internet – Online Music Services) 1996-2006

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, 2010 FCA 123

On October 18, 2007, the Board certified SOCAN Tariff 22.A for the communication to the public by telecommunication of musical works by Internet online music services. The decision was the subject of five applications for judicial review.

Relying on *CCH Canadian v. Law Society of Upper Canada (CCH)*, the Board concluded that listening to a preview of a musical work constituted fair dealing for the purpose of research pursuant to section 29 of the *Copyright Act* and could not as such be subject to the payment of royalties.

SOCAN objected to the Board's interpretation of the word "research", arguing that it must involve systematic research, critical analysis or scientific enquiry carried out in a formal setting. Previews as allowed by online music services have none of the characteristics required to fall within the concept of research.

The Court recognized that "research" has many meanings. Aside from its primary and ordinary meaning, which refers to the action of looking or searching and the effort to find something, the word also carries a secondary, intellectual meaning, namely the mental effort to discover new knowledge. In this case, the Court concluded that the Board did not err in deciding to give the word research its primary and ordinary meaning. Purchasing a download involves an effort on the part of the consumer who is searching for a copyright subject-matter that she is attempting to locate and wishes to ensure its authenticity and quality before obtaining it. Listening to previews assists in this investigation. While there is no doubt that the offering of previews bears advantages for online music services, the Court concluded that the issue of previews must be considered from the point of view of the person for whom they are intended, that is, the consumer. In this respect, the purpose of previews is to assist the consumer in seeking and finding the desired musical work.

Having determined that listening to a preview involved dealing in a musical work for the purpose of research, the Board then asked itself whether the dealing was fair. To do so, it analyzed the dealing in view of the six factors set out in the *CCH* decision, namely the purpose, character and amount of the dealing, alternatives to the dealing, the nature of the work and the effect of the dealing on the work. The Board concluded that the dealing was fair.

With respect in particular to the amount of the dealing, the Board said that streaming a preview to listen to it once is a dealing of a modest amount when compared to purchasing the whole work for repeated listening. SOCAN submitted that the Board should have used a different yardstick. Rather than considering each preview individually, it suggested measuring the amount and determining the fairness of the dealing by considering the aggregate number of users and previews and the resulting hours of listening. In SOCAN's view, the volume of the previews taken as a whole is such that, should it have been granted the opportunity to submit evidence during the hearing, the Board would have had no choice but to conclude that the dealing was not fair.

The Court concluded that the Board's decision with respect to the fairness of the dealing, including the amount of the dealing, was not unreasonable. However, it expressed its surprise that the Board addressed the issue of whether the exception might apply to previews of its own initiative, without it being raised by the parties and without giving them the opportunity to make submissions. While its conclusions would have remained unchanged, the Court nonetheless expressed that the Board should have heard the parties.

On March 24, 2011, the Supreme Court of Canada granted leave to appeal the decision.

Bell Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2010 FCA 220

In its decision certifying SOCAN Tariff 22.A, the Board also concluded that the transmission of a music download to a member of the public was a communication to the public by telecommunication.

Online music service suppliers filed two applications for judicial review of this arm of the Board's decision. In the two cases, they argued that the transmission of a download to an individual customer is a private communication and that it does not become public simply because, in distinct transactions, other consumers download the same work. Having noted that in *CCH*, the Supreme Court of Canada concluded that the fax transmission of a single copy of a published work to a single individual was not a communication to the public, they argued that the same reasoning should apply to the transmission of a music download to an individual customer.

SOCAN also relied on *CCH*, pointing to a statement in the decision according to which a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous recipients might constitute a communication to the public. It argued that the transmission of a download necessarily was a communication to the public, given the nature of the activities of on-line music services.

As regards the standard of review, the Court held that because the Board is a specialized tribunal, which deals extensively with copyright matters, and the *Act* is its home statute, the Board's decision is entitled to deference with respect to its interpretation of the *Act*. Since the Board is entitled to deference on pure questions of law as well as on findings of fact, it necessarily follows that the Board is entitled to deference on questions of mixed facts and law involving the application of its home statute to the facts of a case.

The Court first set aside a number of earlier decisions referred to by the parties as unhelpful, either because they had been decided at a time when the definition of musical work was significantly different than today or because they dealt with the notion of public performance, not public telecommunication.

The Court then proposed that whether or not a communication is made "to the public" is a function of two factors: the intention of the communicator and the reception of the communication by at least one member of the public. On the one hand, a communication is "to the public" when it is intended to be received by the public. On the other, without at least one actual recipient, there is no communication, merely an intention of doing so. Beyond a single recipient, every transmission is a communication to the public, beginning with the first one.

Speaking to *CCH*, the Court noted that the decision involved circumstances where there was no evidence of an intention to communicate to the public. Thus, while the Supreme Court held that a fax transmission of a single copy of a published work intended to be received by a single individual was not a communication to the public, it did not foreclose the possibility that one could communicate to the public one person at a time. On the other hand, notwithstanding the statement in that same decision according to which a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous recipients might constitute a communication to the public, the Court dismissed as fundamentally flawed the argument that the volume of transmissions, in and of itself, can transform private communications into a communication to the public.

The Court also offered the view that the commercial nature of a communication is not · determinative of the communicator's intent and includes, for example, peer to peer file sharing.

As a result, the Court concluded that the Board's finding that a download of a musical file to a single user is a communication of the musical work to the public by telecommunication fell within a range of acceptable outcome and therefore was reasonable.

On March 24, 2011, the Supreme Court of Canada granted leave to appeal the decision.

Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada and CMRRA/SODRAC Inc., 2010 FCA 221

The Entertainment Software Association (ESA) challenged the Board's decision to subject Internet game sites to the tariff.

ESA argued that the Board erred in finding that the download of a video game containing music involves the communication to the public by telecommunication of that music. The Court disposed of the issue in *Bell Canada*, reviewed earlier.

ESA also argued that no music tariff should apply to video game sites given the minor role that music plays in these games. The Court found that the Board's decision to set a tariff as soon as any amount of SOCAN's repertoire is used was reasonable. Under the SOCAN regime, there is no right of compensation without a certified tariff. Such a regime does not lend itself to the application of a *de minimis* rule.

ESA argued that SOCAN had failed to present sufficient evidence to allow the Board to establish a fair tariff. Again, the Court concluded that Board's decision was reasonable. The collective administration regime set out in the *Act* depends upon the certification of tariffs. It should not be hampered by an overly rigid approach to the assessment of the basis upon which a tariff is certified. SOCAN cannot be denied a tariff simply because it has not "proven its case".

Finally, ESA argued that the Board had failed to give effect to evidence that its members secured all the rights they required from rights holders or to provide adequate reasons for not considering this evidence. Providing sample contracts did not establish that ESA members never needed a tariff. The Court concluded that the Board gave sufficient consideration to ESA's evidence, even though it did not give it the effect ESA wished for. The Court also found that the Board's reasons were too laconic and non-responsive to ESA's argument. Nevertheless, it decided not to return the matter to the Board, in part because the reasonableness of the decision was apparent on its face.

On March 24, the Supreme Court of Canada granted leave to appeal the decision.

Canadian Recording Industry Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2010 FCA 322

The Canadian Recording Industry Association (CRIA) also applied for judicial review of Tariff 22.A. Unlike other applications that stemmed from the decision, CRIA challenged not the legal basis upon which the Board had certified the tariff but the process by which the Board arrived at its decision.

The Board accepted, with some modifications, the evidence of a SOCAN expert with respect to the profitability of record companies in the digital environment. CRIA alleged that in so doing, the Board erred in law; the Board should have accepted the evidence of its own expert. In essence, CRIA argued that the Board made a decision without evidentiary basis, ought to have set a nominal rate and had not provided adequate reasons for its decision.

The extent to which a tribunal is bound by the rules of evidence is a subset of procedural fairness. The Board is an administrative tribunal and as such, is not bound by the rules of evidence. However, the Board is required to act on the basis of some evidence. In this regard, the Court concluded that the decision of the Board made it clear that it did consider CRIA's evidence and explained why it was found wanting. It was also clear that the Board was persuaded by SOCAN's expert. The Board was entitled to prefer the opinion evidence of an expert witness over the evidence of witnesses having personal knowledge of the matter. There was an evidentiary foundation for the conclusions which it drew so that it could not be said that it erred in law in drawing its conclusions.

Copyright Board of Canada



CRIA's argument for a nominal rate was as follows. In an earlier decision, having found that the appropriate proxy for the right to download a musical work is the price paid to reproduce a musical work on a CD, the Board used that price to set the royalties for the use of the reproduction right for onlinemusic services. That decision recognized the full value of the rights needed to download musical works and as a result, the rate for the communication should be nominal. CRIA contended that the tariff thus determined represented the value of the bundle of rights associated with the download of a musical work. The Court concluded that CRIA misapprehended the role of a proxy in setting royalties. A proxy represents a model which can serve as a basis for the determination of an appropriate tariff with respect to a particular right. The fact that a particular proxy has been used by the Board to determine the royalty to be paid for one right does not predetermine the value of any other right for which that proxy may also be an appropriate model. The Court concluded that the Board did not err in establishing the value of the communication right independently of the reproduction right; both rights are independently compensable.

Finally, CRIA argued that the Board had failed to provide adequate reasons for its decision. The Court disagreed. Reasons must be sufficient, not perfect. The Board explained why it preferred the evidence of SOCAN over that of CRIA. It also applied its own judgment to elements of the analysis of SOCAN's expert witness, based on its view of what was realistic. This is precisely the type of institutional expertise which court have long recognized.

SOCAN Tariff 22.B to 22.G (Internet – Other Uses of Music) 1996-2006

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada, 2010 FCA 139

On October 24, 2008, the Board certified SOCAN Tariff Items Nos. 22.B to 22.G (Internet – Other Uses of Music) for the communication to the public by telecommunication of musical works. SOCAN sought judicial review of the decision.

SOCAN argued that the Board erred in law and exceeded its jurisdiction in refusing to certify a tariff for the use of its repertoire by the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) in the Internet simulcast of its radio signal. SOCAN also argued that the Board had breached procedural fairness in relying upon evidence that was not part of the record, namely the agreement between SOCAN and CBC, and in failing to allow SOCAN to make submissions on the issue. Finally, SOCAN argued that the Board erred in law and exceeded its jurisdiction in refusing to certify a tariff for the "Other Sites" category.

SOCAN contended that the standard of review applicable to the Board's refusal to exercise its jurisdiction and to the breach of procedural fairness was correctness. To the contrary, most respondents contended that the review of these issues was governed by a standard of reasonableness. The Court chose not to address this issue: under either standard, the Board's decision should be maintained.

With regard to CBC, SOCAN asked that the same rate apply to the Internet simulcast of CBC radio signal as for conventional radio. For its part, CBC contented that it was simply duplicating its conventional, over-the-air signal on the Internet and that no additional liability should arise from that simulcast.

The Board complained of the lack of specific analysis by SOCAN to justify the proposed CBC tariff. It then considered CBC's contention that the right to Internet streaming should be included in existing SOCAN's tariff applicable to CBC's conventional radio operations. In the end, the Board concluded that for the time being, current CBC payments to SOCAN already included the right to use SOCAN music in Internet simulcasts.

The Court concluded that the Board's decision was neither wrong nor unreasonable. In the absence of evidence on which to base an increase in SOCAN royalties, the Court failed to see how it could be said that the Board refused to certify a tariff. On the contrary, it was a decision made by the Board in the very exercise of its jurisdiction. As the Court had stated in *Federation of Canadian Municipalities v. AT&T Canada Corp.*, "jurisdiction of an administrative board is not conditional on a litigant's satisfaction or dissatisfaction with the decision the Board rendered".

In light of this conclusion, the Court did not address the allegations that the Board had based its decision on the agreement between CBC and SOCAN, thereby breaching SOCAN's right to procedural fairness.

Copyright Board of Canada

Concerning SOCAN's contention that the Board erred in law and exceeded its jurisdiction in refusing to certify a tariff for the "Other Sites" category, the Court concluded that the Board was justified to exclude that item from the certification process and that in so doing it had provided abundant, elaborate and cogent reasons for this exclusion.

First, the Board ruled that it would have been highly disruptive and unfair to blindly set a tariff which has retroactive application (from 1996 to 2006). Second, in the absence of proper and reliable evidence, it would have been irresponsible to certify a tariff that could potentially have such a broad scope of application. Third, in view of the fact that video sharing and social networking were relatively new phenomena, the amounts involved for the period would most probably have been quite modest. Fourth, in the absence of evidence, the Board could not have discharged itself of its obligation to provide adequate reasons explaining how it had arrived at the rate of the tariff. Finally, the lack of reliable evidence would have prevented the Board from establishing a fair and reasonable tariff in this instance and for the period under examination.

The Court concluded that to proceed to a determination of the kind sought by SOCAN, in the absence of that evidence, would be acting arbitrarily and unreasonably. However, to act arbitrarily and unreasonably when required by law to act fairly and reasonably is wrong at law. The resulting decision of the Board would have been both wrong and unreasonable.

At the Court hearing, SOCAN conceded that most of the Board's conclusions regarding the lack of evidence were justified. However, it argued that the Board had a duty to certify a tariff and that consequently, it should have resorted to its procedural powers under the *Act* and taken all necessary steps to obtain the information it deemed necessary for the purpose of certifying a fair and equitable tariff. In the Court's view, while the *Act* gives the Board the powers, rights and privileges of a superior court of record, these powers are not a substitute for SOCAN's obligation to file the necessary evidence in support of its proposed tariff. Moreover, it was open to SOCAN, under the procedural rules applicable to proceedings before the Board, to request the Board's assistance in gathering and complementing its evidence. Its omission to do so in a timely fashion could not be later transposed into a duty for the Board to make use of its discretionary powers under section 66.7 of the *Act*.

Finally, SOCAN submitted that the Board should have certified a tariff but fixed the rate at zero. A tariff entails onerous obligations. In view of these obligations, the broad and ill-defined category of persons to whom these obligations would apply and the lack of evidence enabling the Board to approve the proposed tariff, the Court concluded that it was neither wrong nor unreasonable for the Board to refuse to certify a zero tariff.



Re:Sound Tariff 7 – (Motion Picture Theatres and Drive-Ins) 2009-2011 and Tariff No. 9 – (Commercial Television) 2009-2013

Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada, 2011 FCA 70

On March 28, 2008, NRCC (now Re:Sound) filed two proposed tariffs for the performance in public and communication to the public by telecommunication, in Canada, of published sound recordings embodying musical works and performers' performances of such works. Tariff 7 targeted the use of sound recordings embodied in a motion picture performed by a motion picture theatre. Tariff 9 targeted the use of sound recordings in programs broadcast by television services. Objectors to the tariff argued that the collective had no legal right to claim remuneration pursuant to section 19 of the *Act*. Accordingly, they requested – and the Board accepted this request – that the following question be addressed as a preliminary issue:

> Is anyone entitled to equitable remuneration pursuant to section 19 of the *Copyright Act* when a published sound recording is part of the soundtrack that accompanies a motion picture that is performed in public or a television program that is communicated to the public by telecommunication?

On September 16, 2009, the Board answered that question in the negative. Re:Sound sought judicial review of the Board's decision.

Re:Sound is entitled to collect royalties pursuant to subsection 19(1) of the *Act* when a published sound recording of a musical work is performed in public or communicated to the public by telecommunication. A "sound recording" is defined in section 2 of the *Act*; the definition "excludes any soundtrack of a cinematographic work where it accompanies the cinematographic work".

Re:Sound contented that the Board erred in construing the exclusion clause as excluding all the individual components of a soundtrack, including any embedded pre-existing recording. What is excluded from the definition of sound recording is the soundtrack as a whole, not its individual elements. Accordingly, while no one can claim equitable remuneration for the whole soundtrack, makers and performers of separate sound recordings embedded in the soundtrack can. According to Re:Sound, the exclusion was intended as a limitation on the rights in cinematographic works and not on the copyright extended to sound recordings.

The Board was not convinced by the attempt to draw a distinction between the soundtrack and its component parts; in its opinion, such an interpretation would require adding to the words of the definition of the term "sound recording". It therefore concluded that Tariffs 7 and 9 were based on no valid legal foundation and were incapable of being certified. As a result, the Tariffs were struck from the proposed statement of royalties that had been published in the *Canada Gazette*.



As the Federal Court of Appeal explained, the meaning of this exclusion required the Board to construe the defined term "sound recording" and the undefined "soundtrack" as it relates to pre-existing sound recordings. The Court concluded that the Board had come to the correct conclusion essentially for the reasons given by it.

Re:Sound raised before the Court various preoccupations concerning the impact of the Board's decision on the rights of performers and makers of sound recordings, notably that a sound recording incorporated within a soundtrack could be published on the Internet or otherwise disseminated or could be extracted from a DVD and thereafter published, without any recourse or remedy open to the performer or maker in either case. The Court also concluded that these preoccupations were ill founded. The Court also found comparisons with Australian and UK law of no assistance. It rejected a further argument based on the incompatibility of the Board's interpretation with Article 10 of the *Rome Convention*, on account that the convention defines "phonograms" as any exclusively aural fixation of sounds, which excludes movies and television programs. A final argument, according to which Re:Sound was entitled to a tariff for live-to-air broadcasts, was rejected because it had not been raised in the notice of application for judicial review or brought to the attention of the Board. An application for leave to appeal was pending before the Supreme Court of Canada at the time of reporting.

Satellite Radio Services Tariff (SOCAN: 2005-2009; NRCC: 2007-2010; CSI: 2006-2009)

Sirius Canada Inc. v. CMMRA/SODRAC Inc., 2010 FCA 348

On April 8, 2009, the Board certified the *Satellite Radio Services Tariff (SOCAN: 2005-2009; NRCC: 2007-2010; CSI: 2006-2009)* pertaining to the communication to the public by telecommunication and reproduction of musical works by satellite radio services. Sirius Canada Inc. (Sirius) and CSI sought judicial review of the decision of the Board. The Tariff is set out in a way that takes into account different types of satellite radio receivers. Sirius's application pertained to two models of satellite radio receivers: one with an extended buffer, that automatically stores 44 to 60 minutes of programming, and another that comes with a block recording feature; when engaged, the block recording receiver stores several hours of broadcast content for later replay. Sirius argued that the Board erred when it concluded that satellite radio services, by supplying a subscriber with those types of receivers, authorized the subscriber to reproduce copyrighted works. The Court disagreed.

In reaching its conclusion, the Board relied upon the *CCH* decision. In that decision, one of the issues was whether the Law Society of Upper Canada had authorized its patrons to copy the works of the Great Library by providing self-service photocopiers. Authorization is a question of fact that depends on the circumstances of each case. A person did not authorize infringement by authorizing the mere use of equipment that could be used to infringe copyright. Courts should presume that a person who authorizes an activity does so only so far as it is in accordance with the law. However, this presumption may be rebutted if it is shown that a certain relationship, or degree of control, existed between the alleged authorizer and the persons who committed copyright infringement. In *CCH*, the Law Society lacked the necessary degree of control over the Library's patrons. In the decision under review however, satellite radio services supply some of their subscribers with receivers that automatically cause the content to be copied.

In the Court's view, because the copying is automatic, the only control that can be exercised over the copying rests with the services. The automatic copying element was not present in the *CCH* case, where patrons could choose what to copy and not copy. The presumption against the authorization of an infringing act was rebutted by the degree of control exercised by the satellite radio services over their broadcast content and the features included in the radio receivers supplied to their subscribers.

CSI's challenged the Board's decision on two fronts. The first related to the determination of the location of the copying of a work and whether an infringing authorization can occur in relation to a copy made outside Canada. The second related to the copies of broadcast content made in the 4- to 10-second buffer memory found in all satellite radio receivers.

CSI alleged that the Board erred in law when it concluded that (a) it had no jurisdiction to impose a royalty tariff in respect of a copy of a work made in the United States as a direct result of an act taken in Canada, and (b) a person who initiated in Canada the making of an electronic copy of a work in the United States did not authorize such copying pursuant to subsection 3(1) of the *Act*.

The Board concluded that, when an electronic copy of a work is transmitted to and stored on the United States main server solely as a result of the act of a person in Canada, the copying occurs in the United States and therefore the Board has no jurisdiction to impose a royalty tariff in respect of that copying. CSI argued that where the copying is initiated in Canada, the act of copying occurs in Canada because there is no person outside Canada who can be held responsible for it.

The Court concluded that CSI's argument was ill-founded as it assumes that the making of the copy in these circumstances cannot be subject to the copyright law of the United States. CSI also argued that the copying occurred in both Canada and the United States, so that the location of the copying for purposes of the *Copyright Act* should be determined on the basis of the "real and substantial connection" test applied in *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, v. Canadian Assn. of Internet Providers*. The Court rejected this argument. The decision invoked by CSI required a determination of the location of a communication initiated in one country and received in another. Given that a communication cannot be complete without both a sender and receiver, it was necessary to adopt a principled basis for choosing whether the communication would be situated at the location of the sender or the location of the receiver. Here, the copy only exists in one location; the real and substantial test is thus not required.

Alternatively, CSI argued that a person who initiates, in Canada, the making of an electronic copy of a work in the United States has authorized the copying. The Board concluded that the act of authorizing in Canada is not actionable under the *Copyright Act* where the primary infringement occurs outside Canada. The Court agreed. The authorization of a particular act infringes copyright only if the authorized act is itself an act of infringement. Therefore, when the Board concluded correctly that it had no jurisdiction to impose a royalty tariff in relation to the copying of a work located in the United States, it was compelled to conclude that it had no jurisdiction to impose a royalty tariff in relation to the authorization of that copying, even if the authorization took place in Canada.

CSI argued that the Board also erred in law in determining that the 4- to 10-second buffer memory stored momentarily in the temporary memory of all satellite radio receivers supplied by the services was not a copy of a substantial part of a work. CSI argued that the Board misdirected itself by reasoning that a copy of a work or a substantial part of a work would exist only if a complete reproduction of the work exists at one point in time.

While the Board clearly considered it relevant that the 4- to 10-second buffer did not cause a copy of the entire work to exist at any point in time, the Court did not read the reasons of the Board as indicating that this was determinative. Rather, the Board's conclusion was influenced not only by the fact that a copy of no more than 4- to 10-seconds of content could exist in the buffer at any one time, but also by the fact that there would at no time be a choice as to what goes into the buffer and when it comes out. The Board's conclusion that the buffered content was not a copy of an entire work or a copy of a substantial part of a work was reasonably open to the Board on the record and was not based on an error of law.

An application for leave to appeal was pending before the Supreme Court of Canada at the time of reporting.



Access Copyright Tariff (Reprography – Educational Institutions) 2005-2009

Alberta (Education) v. Access Copyright, 2010 FCA 198

On June 26, 2009, the Board certified a tariff for the reprographic reproduction of works in the repertoire of Access Copyright by primary and secondary educational institutions outside Quebec.

Every ministry of education outside Quebec and every Ontario school boards sought judicial review of the Board's decision. They argued that the Board erred in law when it concluded that a certain category of copies did not constitute fair dealing under the *Act*. They also argued that the Board erred when it concluded that an exception pertaining to copies made for use in examinations did not apply.

During the course of the proceedings before the Board, both parties agreed to participate in the conduct of a survey to measure the volume of photocopies made by educational institutions. Each time someone made a photocopy during the survey period, an observer filled out a logging sticker, indicating, among other things, the purpose for which the copy was made. For the purposes of assessing fair dealing, logged copies that the institutions argued were fair were divided into four categories. The institutions argued that "multiple copies made for the use of the person making the copies and single or multiple copies made for third parties without their request for the purpose of private study and/or research and/or criticism and/or review", constituted fair dealing under sections 29 and 29.1 of the *Act* and should not be subject to the tariff. Access Copyright contended the opposite.

In reaching its conclusion, the Board relied on the decision of the Supreme Court in *CCH*. That decision sets outs a two-step test to assess fair dealing. First, one must determine if the copies were made for an allowable purpose under the *Act*; second, one must assess whether the dealing was fair. With regard to the first step, the Board accepted as a fact that a copy was made for an allowable purpose if the logging sticker so indicated. With regard to the second test, the Board considered the six factors outlined in *CCH*.

The Court indicated that the issue of fair dealing is a purely factual question subject to the standard of review of reasonableness. Accordingly, the application could only be allowed if the Board's reasons were not transparent or intelligible, or did not fall within a range of acceptable outcomes.

Since there was no controversy with respect to the Board's finding that the copies had been made for an allowable purpose under the *Act*, the only question before the Court was whether the copies were made fairly. The Court's attention was directed almost exclusively to the analysis of the first factor, the purpose of the dealing. The Board distinguished the purpose inquiry at the first step from that of the second step and determined that whether the predominant purpose is or is not an allowable purpose is one of the factors that must be taken into account in deciding whether the dealing is fair. The Board took a detailed look at the copies. It found that with respect to copies made on a teacher's initiative for her students, the real or predominant purpose was instruction or "non-private" study. This tended to make the dealing in the relevant copies unfair.

The applicants argued that the Board had interpreted the *Act* overly restrictively with respect to the purpose of the dealing. According to them, the adjective "private" is intended to exclude from fair dealing the commercial use of copyright protected material that has no educational value. The Court disagreed. If Parliament had wished to exclude only commercial exploitation it could have used words such as "non-commercial" or "not for profit". "Private" means "by oneself". A large and liberal interpretation, as required in *CCH*, means that the provisions are given a generous scope. It does not mean that the text of a statute should be given a meaning it cannot ordinarily bear.

The Board was entitled, in making its finding, to look beyond the fact that the logging sticker might have stated that the copies were made for research or private study. Indeed, *CCH* does require that an objective assessment of the user's real motive in using the copyrighted work be made. The Board was not precluded from finding a different objective purpose at step two from the purpose it accepted as fact at step one. In doing so, the Board came to the conclusion that the applicants' dealing was unfair. The essence of the Board's decision was that when a teacher photocopies copyrighted material for her class, that use cannot be private study. This is a legitimate conclusion that was open to the Board based on the evidence before it. The Board's reasons were also comprehensible and transparent, and therefore reasonable.

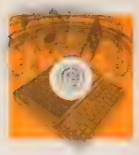
Section 29.4 of the *Act* provides that it is not an infringement of copyright for an educational institution to reproduce, on the premises of the institution, a work as required for a test or examination. The provision also states that the exemption from copyright infringement does not apply if the work is "commercially available" in "a medium that is appropriate for the purpose" referred to in the provision.

In reaching its conclusion, the Board analyzed the notion of "commercially available". It concluded that the works were commercially available and, accordingly, it found that the exception provided for at section 29.4 did not apply to certain copies. The applicants argued that, while the copied works were commercially available, the Board failed to consider whether they were available in "a medium that is appropriate for the purpose." They asserted that the copied works were not available in an appropriate medium.

The Court agreed with the parties that the standard of review of the Board's decision on section 29.4 was correctness. It concluded that the Board failed to address an issue that was essential to the disposition of the matter before it. The issue required that the words "in a medium appropriate for the purpose" be defined and applied to the facts of this case. The Court allowed the application on this ground and remitted the decision to the Board to determine the meaning of the expression and to assess whether the relevant copies came within the meaning of these words.

On May 5, 2011, the Supreme Court of Canada granted leave to appeal from the decision.

Agreements Filed with the Board



Pursuant to the *Act*, collective societies and users of copyrights can agree on the royalties and related terms of licenses for the use of a society's repertoire. Filing an agreement with the Board pursuant to section 70.5 of the *Act* within 15 days of its conclusion, shields the parties from prosecutions pursuant to section 45 of the *Competition Act*. The same provision grants the Commissioner of Competition appointed under the *Competition Act* access to those agreements. In turn, where the Commissioner considers that such an agreement is contrary to the public interest, he may request the Board to examine it. The Board then sets the royalties and the related terms and conditions of the license.

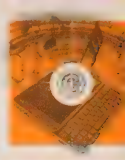
In 2010-11, 380 agreements were filed with the Board pursuant to section 70.5 of the *Act*.

Access Copyright which licenses reproduction rights such as digitization and photocopy, on behalf of writers, publishers and other creators, filed 298 agreements granting educational institutions, language schools, non-profit associations, copy shops and others a license to photocopy works in its repertoire.

The *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction* (COPIBEC) filed 79 agreements. COPIBEC is the collective society which authorizes in Quebec the reproduction of works from Quebec, Canadian (through a bilateral agreement with Access Copyright) and foreign rights holders. The agreements filed in 2010-11 were concluded with various educational institutions, municipalities, non-profit associations and other users.

Finally, the Canadian Broadcasters Rights Agency (CBRA) filed three agreements it entered into with the Provinces of Alberta, British Columbia and Ontario. CBRA represents various Canadian private broadcasters who create and own radio and television news and current affairs programs and communication signals.

Ententes déposées auprès de la Commission



La *Loi* permet à une société de gestion et à un utilisateur de conclure des ententes portant sur les redevances et modalités afférentes à une licence pour l'utilisation du répertoire de la société. L'article 70.5 de la *Loi* prévoit par ailleurs que si l'entente est déposée auprès de la Commission dans les quinze jours suivant sa conclusion, les parties ne peuvent être poursuivies aux termes de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. La même disposition prévoit que le Commissaire de la concurrence nommé au titre de cette loi peut avoir accès aux ententes ainsi déposées. Si ce dernier estime qu'une entente est contraire à l'intérêt public, il peut demander à la Commission de l'examiner. La Commission fixe alors les redevances et les modalités afférentes à la licence.

En 2010-2011, 380 ententes ont été déposées auprès de la Commission en vertu de l'article 70.5 de la *Loi*.

Access Copyright, qui gère les droits de reproduction, tels la numérisation et la photocopie, au nom d'auteurs, éditeurs et autres créateurs, a déposé 298 ententes autorisant divers utilisateurs, par voie de licence, à faire des copies des œuvres inscrites dans son répertoire. Ces ententes ont été conclues, entre autres, avec des établissements d'enseignement, des écoles de langues, des organismes à but non lucratif et des centres de reprographie.

La Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC) a déposé 79 ententes. COPIBEC est la société de gestion qui autorise, au Québec, la reproduction des œuvres des titulaires de droits québécois, canadiens (par le biais d'une entente de réciprocité avec Access Copyright) et étrangers. Les ententes déposées en 2010-2011 ont été conclues, entres autres, avec divers établissements d'enseignement, municipalités et organismes à but non lucratif.

Enfin, l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens (CBRA) a déposé trois ententes qu'elle a conclues avec les provinces de l'Alberta, de la Colombie-Britannique et de l'Ontario. La CBRA représente divers radiodiffuseurs privés canadiens qui sont auteurs et titulaires d'émissions d'actualités et de signaux de communication.

Les demandeurs ont fait valoir que la Commission a interprété la *Loi* de manière trop restrictive en ce qui concerne l'objet de l'utilisation. Ils soutenaient que l'adjectif « privée » vise à exclure de l'utilisation équitable l'utilisation commerciale d'œuvres protégées par le droit d'auteur qui n'ont aucune valeur pédagogique. La Cour a conclu le contraire. Si le législateur avait voulu exclure seulement l'exploitation commerciale, il aurait pu employer des mots comme « non-commercial » ou « sans but lucratif ». « Étude privée » signifie étude personnelle. Interpréter de façon large et libérale, comme l'exige *CCH*, signifie que l'on reconnaît une portée généreuse aux dispositions en question, ce qui ne veut pas dire que le texte de loi doit se voir attribuer un sens qu'on ne peut normalement lui prêter.

Pour en arriver à cette conclusion, la Commission avait le droit d'aller au-delà du fait que l'étiquette d'enregistrement pouvait indiquer que les copies étaient faites pour la recherche ou l'étude privée. D'ailleurs, l'arrêt *CCH* exige une évaluation objective du motif réel de l'utilisation de l'œuvre protégée. Rien n'empêchait la Commission de conclure que le but objectif à la seconde étape était différent de celui qu'elle avait accepté à la première étape. À la première étape, la Commission vérifiait seulement si l'objectif déclaré par les demandeurs était acceptable en vertu de la Loi; elle ne prétendait pas déterminer le but objectif de l'utilisation. Ce faisant, la Commission a conclu que l'utilisation n'était pas équitable. La Commission a essentiellement décidé que, lorsqu'un enseignant photocopie des œuvres protégées par le droit d'auteur pour ses élèves, une telle utilisation ne peut viser une étude privée. Il s'agissait d'une conclusion légitime qu'il était loisible à la Commission de tirer vu l'ensemble de la preuve dont elle disposait. Les motifs de la Commission étaient également compréhensibles et transparents et, partant, raisonnables.

L'article 29.4 de la *Loi* prévoit qu'un établissement d'enseignement ne viole par le droit d'auteur s'il reproduit une œuvre dans ses locaux dans le cadre d'un examen ou d'un contrôle. La disposition stipule par ailleurs que l'exemption ne joue pas si l'œuvre est « accessible sur le marché » et « sur un support approprié » aux fins visées par la disposition.

Pour en arriver à sa conclusion, la Commission a analysé l'expression « accessible sur le marché ». Elle a conclu que les œuvres étaient ainsi accessibles et que, par conséquent, l'exception prévue à l'article 29.4 ne s'appliquait pas à certaines copies. Les demandeurs soutenaient que, bien que les œuvres reproduites soient accessibles sur le marché, la Commission ne s'était pas demandé si elles étaient accessibles « sur un support approprié aux fins visées. » Les demandeurs affirmaient que tel n'était pas le cas.

La Cour s'est dite d'accord avec les parties que la norme de contrôle de la décision de la Commission sur l'article 29.4 était celle de la décision correcte, pour conclure que la Commission n'avait pas abordé une question qui était essentielle pour pouvoir trancher l'affaire dont elle était saisie. Elle devait définir l'expression « sur un support approprié aux fins visées » et appliquer cette définition aux faits de la présente affaire. La Cour a fait droit à la demande et renvoyé la décision à la Commission pour qu'elle définisse le sens de l'expression et décide si les copies pertinentes répondent à la définition de cette expression.

Le 5 mai 2011, la Cour suprême du Canada a accordé la permission d'en appeler de la décision.



Tarif d'Access Copyright (Reprographie – Établissements d'enseignement), 2005-2009

Alberta (Éducation) c. Access Copyright, 2010 CAF 198

Le 26 juin 2009, la Commission homologuait un tarif pour la reproduction par reprographie d'œuvres faisant partie du répertoire d'Access Copyright par les établissements d'enseignement primaires et secondaires hors Québec.

Tous les ministères de l'Éducation hors Québec et toutes les commissions scolaires de l'Ontario se sont pourvus en contrôle judiciaire de la décision de la Commission. Ils soutenaient que la Commission avait commis une erreur de droit en concluant qu'un certain type de copies ne bénéficiaient pas de l'exception d'utilisation équitable prévue par la *Loi* et qu'une exception visant les copies faites à des fins d'examens ne s'appliquait pas.

Lors du processus devant la Commission, les parties se sont entendues pour procéder à une enquête permettant d'estimer le volume de photocopies faites par les établissements d'enseignement. Pour chaque photocopie effectuée durant la période d'enquête, un observateur remplissait une étiquette d'enregistrement indiquant entre autres l'objet de la copie. Afin d'analyser la question de l'utilisation équitable, les copies que les établissements soutenaient être assujetties à l'exception ont été divisées en quatre catégories. Les établissements soutenaient que les copies multiples faites pour l'usage du copiste et copies uniques ou multiples faites pour un tiers sans sa demande aux fins d'étude privée et/ou de recherche et/ou de critique et/ou de compte rendu impliquaient une utilisation équitable visée aux articles 29 et 29.1 de la *Loi* et ne devraient pas être assujetties au tarif. Access Copyright soutenait le contraire.

Pour rendre sa décision, la Commission s'en est remise à l'arrêt *CCH* de la Cour suprême. Cette décision pose un critère en deux étapes pour établir si une utilisation est équitable ou non. Il faut décider d'abord si les copies sont faites pour une fin énumérée dans la *Loi* et ensuite si l'utilisation est équitable. Pour la première étape, la Commission a tenu pour avéré que la copie était faite pour une fin énumérée si l'étiquette d'enregistrement l'indiquait. Pour la seconde, la Commission a examiné les six facteurs que propose *CCH*.

La Cour a statué que l'utilisation équitable est une question purement factuelle; la norme de contrôle appropriée est celle de la décision raisonnable. La demande ne pouvait donc être accueillie que si les motifs de la Commission n'étaient ni transparents ni intelligibles, ou s'ils ne correspondaient pas à un résultat acceptable.

Vu l'absence de débat quant à la conclusion de la Commission voulant que les copies aient été faites pour une fin énumérée dans la *Loi*, la seule question en litige était donc de savoir si les copies étaient équitables. L'analyse de la Cour s'est limitée presque exclusivement au premier facteur, l'objet de l'utilisation. La Commission a établi une distinction entre l'analyse du but effectuée à la première étape et à la seconde étape. Le fait que l'objet principal soit ou non une fin énumérée est l'un des facteurs qu'il faut prendre en compte subséquemment, afin de décider si l'utilisation est ou non équitable. La Commission a examiné les copies de plus près, pour conclure que dans le cas des copies faites à l'initiative de l'enseignant pour ses élèves, la fin réelle ou principale est l'enseignement ou l'étude « non privée ». En vertu de ce critère, l'utilisation tend à être inéquitable.



La Cour a conclu que la prétention de CSI était mal fondée au motif qu'elle suppose que la confection d'une copie dans de telles circonstances ne peut être assujettie au droit d'auteur états-unien. CSI soutenait aussi que la copie était effectuée tant au Canada qu'aux États-Unis, de sorte que le lieu de la copie aux fins de la *Loi sur le droit d'auteur* devrait être établi en fonction du critère du lien réel et substantiel utilisé dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*. La Cour a rejeté cet argument. La décision qu'invoquait CSI exigeait qu'on établisse où se produit la communication partant d'un pays pour aboutir dans un autre. Comme une communication ne peut exister sans à la fois un expéditeur et un récipiendaire, il fallait adopter un fondement de principe pour décider si la communication se produirait chez l'expéditeur ou chez le récipiendaire. Cette fois-ci, la copie n'existe qu'à un seul endroit, ce qui rend le critère du lien réel et substantiel inutile.

Subsidiairement, CSI soutenait que la personne qui met en branle à partir du Canada le processus de confection d'une copie numérique aux États-Unis autorise cette copie. La Commission a conclu que le fait d'autoriser au Canada n'est pas assujetti à la *Loi sur le droit d'auteur* si la contrefaçon comme telle se produit ailleurs qu'au Canada. La Cour a abondé dans le même sens. L'autorisation d'un geste précis viole le droit d'auteur uniquement si le geste autorisé viole ce même droit. Par conséquent, ayant conclu (à bon droit) qu'elle n'avait pas compétence pour imposer un tarif de redevances à l'égard de la copie d'une œuvre aux États-Unis, la Commission se devait de conclure qu'elle ne pouvait imposer un tel tarif à l'égard de l'autorisation de cette même copie et ce, même si l'autorisation provenait du Canada.

CSI soutenait enfin que la Commission avait commis une erreur de droit en décidant que la mémoire tampon de 4 à 10 secondes stockée pendant un instant dans la mémoire temporaire de tous les appareils récepteurs de radio satellite fournis par les services n'était pas une copie d'une partie importante d'une œuvre. CSI prétendait que la Commission s'était fourvoyée en raisonnant qu'une copie d'œuvre ou d'une partie importante d'œuvre n'existait que si une reproduction complète existait à un moment donné.

La Commission avait certes considéré comme pertinent le fait que le tampon de 4 à 10 secondes n'entraînait pas la confection d'une copie complète à quelque moment que ce soit. Cela dit, à la lecture des motifs de la Commission, la Cour a conclu que cet élément n'était pas dirimant. La conclusion de la Commission était plutôt fonction non seulement du fait que jamais le tampon ne contenait plus de 4 à 10 secondes de matériel, mais aussi du fait qu'à aucun moment on avait le choix de ce qui entrait ou sortait du tampon. La conclusion de la Commission que le contenu mis en tampon n'était pas une copie de la totalité ou d'une partie importante d'une œuvre était raisonnable compte tenu du dossier de l'affaire et n'était pas fondée sur une erreur de droit.

Une demande de permission d'en appeler devant la Cour suprême du Canada demeurait sous examen au moment de la rédaction du présent rapport.

Selon la Cour, seuls les services pouvaient exercer un contrôle sur la copie puisque la copie était automatique. L'élément de copie automatique n'était pas présent dans l'affaire *CCH* : les usagers pouvaient décider ou non de copier. La présomption contre l'autorisation d'une contrefaçon a été réfutée par le degré de contrôle exercé par les services de radio par satellite sur le contenu de la diffusion et par les propriétés des appareils récepteurs que les services fournissaient à leurs abonnés.

CSI attaquait la décision de la Commission sous deux aspects. Le premier concernait le lieu où s'effectue la copie d'une œuvre et la mesure dans laquelle l'autorisation d'une contrefaçon peut se faire pour les copies faites ailleurs qu'au Canada. Le second concernait les copies de contenu faites dans la mémoire tampon de 4 à 10 secondes qu'on retrouve dans tous les appareils récepteur de radio par satellite.

CSI soutenait que la Commission avait commis une erreur de droit en concluant a) qu'elle ne pouvait imposer un tarif pour la copie d'une œuvre faite aux États-Unis en conséquence directe d'un geste posé au Canada, et b) que la personne qui initie au Canada la production d'une copie numérique aux États-Unis n'autorise pas cette copie selon le paragraphe 3(1) de la *Loi*.

La Commission a conclu que lorsqu'une copie numérique d'une œuvre est transmise et stockée dans un serveur états-unien par seule suite d'un geste posé par une personne au Canada, la copie se fait aux États-Unis et que, par conséquent, la Commission n'a pas compétence pour imposer un tarif de redevances à l'égard de cette copie. CSI soutenait que lorsque l'acte de copie tire sa source du Canada, le geste est posé au Canada au motif que personne d'autre ailleurs ne peut en être tenu responsable.

Ré:Sonne a soulevé devant la Cour certaines préoccupations concernant l'impact de la décision de la Commission sur les droits des producteurs et interprètes, dont le fait qu'un enregistrement sonore incorporé à une bande sonore pourrait être publié sur Internet ou autrement disséminé ou pourrait être extrait d'un DVD à des fins de diffusion sans que le producteur ou l'interprète dispose de quelque recours que ce soit. La Cour a conclu que ces craintes n'étaient pas fondées. Elle a aussi conclu que les comparaisons avec le droit australien ou britannique n'étaient d'aucun intérêt. Elle a rejeté une prétention additionnelle fondée sur l'incompatibilité de l'interprétation de la Commission avec l'article 10 de la *Convention de Rome*, au motif que la convention définit le « phonogramme » comme étant une fixation exclusivement sonore, ce qui exclut les films et les émissions de télévision. Une dernière prétention, selon laquelle Ré:Sonne avait droit à un tarif pour les diffusions en direct, a été rejetée au motif qu'elle n'avait été ni soulevée dans l'avis de demande de révision judiciaire ni portée à l'attention de Commission. Une demande de permission d'en appeler devant la Cour suprême du Canada demeurait sous examen au moment du présent rapport.

Tarif pour les services de radio par satellite (SOCAN : 2005-2009; SCGDV : 2007-2010; CSI : 2006-2009)

Sirius Canada Inc. c. CMRRA/SODRAC Inc., 2010 CAF 348

Le 8 avril 2009, la Commission homologuait le *Tarif pour les services de radio par satellite (SOCAN : 2005-2009; SCGDV : 2007-2010; CSI : 2006-2009)* pour la communication au public par télécommunication et la reproduction d'œuvres musicales par les services de radio par satellite. Sirius Canada Inc. (Sirius) et CSI ont demandé la révision judiciaire de la décision de la Commission. Le tarif varie en fonction de différents types d'appareils récepteurs. La demande de Sirius visait deux de ces modèles. Le premier est équipé d'un tampon prolongé qui stocke automatiquement de 44 à 60 minutes de programmation. Le second permet l'enregistrement en vrac : une fois la fonction engagée, l'appareil stocke plusieurs heures de programmation pour écoute subséquente. Sirius soutenait que la Commission s'était trompée en concluant que les services autorisent leurs abonnés à reproduire des œuvres protégées en leur fournissant ces types d'appareils. La Cour a conclu le contraire.

Pour en arriver à sa conclusion, la Commission a cité l'arrêt *CCH*. Dans cette affaire, il fallait entre autres décider si la Société du Barreau du Haut-Canada avait autorisé ses usagers à copier les œuvres de la Grande Bibliothèque en mettant des photocopieuses libre-service à leur disposition. L'autorisation est une question de fait qui dépend de la situation propre à chaque espèce. Ce n'est pas autoriser la contrefaçon que de permettre la simple utilisation d'un appareil susceptible d'être utilisé à cette fin. Les tribunaux doivent présumer que celui qui autorise une activité ne l'autorise que dans les limites de la légalité. Cette présomption peut être réfutée par la preuve qu'il existait une certaine relation ou un certain degré de contrôle entre l'auteur allégué de l'autorisation et les personnes qui ont violé le droit d'auteur. Dans *CCH*, le Barreau n'exerçait pas le degré de contrôle nécessaire sur ses usagers. En l'espèce, par contre, les services de radio par satellite fournissaient à certains de leurs abonnés des appareils qui copient le contenu de façon automatique.



Tarif 7 (Cinémas et cinémas en plein air) 2009-2011 et Tarif 9 (Télévision commerciale) 2009-2013 de Ré:Sonne

Re:Sound c. Motion Picture Theatre Associations of Canada, 2011 CAF 70

Le 28 mars 2008, la SCGDV (devenue Ré:Sonne) déposait des projets de tarifs pour l'exécution publique et la communication au public par télécommunication, au Canada, d'enregistrements sonores publiés contenant des œuvres musicales et des prestations d'artistes-interprètes de ces œuvres. Le tarif 7 visait l'utilisation d'un enregistrement sonore intégré dans un film par les cinémas. Le tarif 9 visait l'utilisation d'enregistrements sonores dans les émissions de télévision. Les opposants soutenaient que Ré:Sonne n'avait pas droit d'exiger une rémunération pour ces utilisations. Par conséquent, la Commission a fait droit à leur demande que la question suivante soit examinée à titre de question préliminaire :

> Quelqu'un a-t-il le droit de recevoir une rémunération équitable au titre de l'article 19 de la *Loi sur le droit d'auteur* lorsqu'un enregistrement sonore publié fait partie de la bande sonore qui accompagne a) un film exécuté en public ou b) une émission de télévision communiquée au public par télécommunication?

Le 16 septembre 2009, la Commission répondait non à la question. Ré:Sonne a demandé la révision judiciaire de cette décision.

Ré:Sonne a droit de percevoir des redevances en vertu du paragraphe 19(1) de la *Loi* lorsqu'un enregistrement sonore publié d'une œuvre musicale est exécuté en public ou communiqué au public par télécommunication. L'enregistrement sonore est défini à l'article 2 de la *Loi* : la définition exclut « la bande sonore d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle accompagne celle-ci ».

Ré:Sonne soutenait que la Commission s'était trompée en concluant que l'exclusion visait chacune des composantes de la bande sonore, y compris les enregistrements sonores préexistants incorporés. Ce qui serait exclu de la définition est la bande sonore dans son ensemble et non chacun de ses éléments. Par conséquent, si personne ne peut exiger de rémunération équitable pour la bande sonore comme telle, les producteurs et interprètes d'enregistrements incorporés dans la bande le peuvent. Ré:Sonne soutenait que l'exclusion visait à limiter les droits dans les œuvres cinématographiques et non les enregistrements sonores.

La Commission n'a pas été convaincue par la tentative d'établir une distinction entre la bande sonore et ses éléments constitutifs; à son avis, il aurait fallu pour y arriver ajouter des mots à la définition d'« enregistrement sonore ». Elle a donc conclu que les tarifs 7 et 9 n'étaient pas fondés en droit et ne pouvaient être homologués. Conséquemment, ces tarifs, tel qu'ils avaient été publiés dans la *Gazette du Canada*, ont été radiés.

La Cour d'appel fédérale a expliqué que le sens de l'exclusion exigeait que la Commission interprète l'expression définie « enregistrement sonore » et l'expression non définie « bande sonore ». La Cour a conclu que la Commission avait interprété correctement ces expressions, essentiellement pour les motifs qu'elle avait invoqués.



Compte tenu de cette conclusion, la Cour n'a pas traité des allégations voulant que la Commission ait fondé sa décision sur l'entente entre la SRC et la SOCAN et violé le droit de la SOCAN à l'équité procédurale.

Quant à la prétention selon laquelle la Commission aurait erré en droit et outrepassé sa compétence en refusant d'homologuer un tarif pour les « Autres sites », la Cour a conclu que la Commission était fondée d'exclure cette catégorie du processus d'homologation et qu'elle avait fourni des motifs approfondis, détaillés et convaincants au soutien de cette exclusion.

Premièrement, la Commission avait statué qu'il aurait été inéquitable de fixer à l'aveuglette un taux d'application rétroactive (de 1996 à 2006). Deuxièmement, étant donné l'absence de preuve sérieuse, il aurait été irresponsable d'homologuer un tarif ayant une portée aussi large. Troisièmement, étant donné que le partage de vidéo et le réseautage sont un phénomène récent, les montants en jeu pour la période auraient été peu importants. Quatrièmement, en l'absence de preuve, la Commission n'aurait pas été en mesure de justifier adéquatement, dans ses motifs, la façon dont elle aurait déterminé le tarif. Enfin, l'absence de preuve aurait empêché la Commission d'établir un tarif équitable et raisonnable dans ce cas-ci et pour la période visée par la réclamation.

La Cour a conclu que rendre une décision du genre de celle que demande la SOCAN, en l'absence de cette preuve, serait un acte arbitraire et déraisonnable. Or, agir de manière arbitraire et déraisonnable lorsque la loi oblige à agir de manière équitable et raisonnable constitue une erreur de droit. La décision de la Commission aurait été à la fois erronée et déraisonnable.

La SOCAN a concédé lors de l'audience de la Cour que la plupart des conclusions de la Commission touchant l'absence de preuve étaient justifiées. Cependant, elle a soutenu que la Commission avait l'obligation d'homologuer un tarif et que, par conséquent, elle aurait dû recourir aux pouvoirs procéduraux que lui confère la *Loi* et prendre les mesures nécessaires afin d'obtenir les renseignements qu'elle estimait nécessaires aux fins d'homologuer un tarif juste et équitable. Selon la Cour, bien que la *Loi* confère effectivement à la Commission les attributions d'une cour supérieure d'archives, ces pouvoirs n'ont pas pour effet de dispenser la SOCAN de produire les éléments de preuve nécessaires au soutien de son projet de tarif. Au surplus, il était loisible à la SOCAN, en vertu des règles de procédure applicables aux instances devant la Commission, de demander l'aide de la Commission pour recueillir des éléments de preuve. Son omission de le faire en temps opportun ne peut être transformée plus tard en une obligation pour la Commission d'exercer d'office les pouvoirs discrétionnaires que lui confère l'article 66.7 de la *Loi*.

Enfin, la SOCAN a fait valoir que la Commission aurait dû homologuer un tarif mais fixer le taux à zéro. Or, un tarif entraîne des obligations onéreuses. Compte tenu de ces obligations, de la catégorie mal définie des personnes à qui ces obligations se seraient appliquées et de l'absence de preuve permettant à la Commission d'approuver le projet de tarif, la Cour a conclu qu'il n'était ni erroné ni déraisonnable de la part de la Commission de refuser d'homologuer un tarif prévoyant un taux de zéro.

Tarif 22.B à 22.G de la SOCAN (Internet – Autres utilisations de musique) 1996-2006

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada, 2010 CAF 139

Le 24 octobre 2008, la Commission homologuait les tarifs 22.B à 22.G de la SOCAN (Internet – Autres utilisations de musique) relativement à la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales. La SOCAN a déposé une demande de révision judiciaire de la décision.

La SOCAN soutenait que la Commission avait erré en droit et outrepassé sa compétence en refusant d'homologuer un tarif pour l'utilisation de son répertoire par la Société Radio-Canada (SRC) dans le cadre de la diffusion simultanée sur Internet de son signal radio. Elle soutenait également que la Commission avait manqué à l'équité procédurale en s'appuyant sur des éléments de preuve qui ne faisaient pas partie du dossier, à savoir l'entente entre la SOCAN et la SRC, et en ne lui donnant pas la possibilité d'exprimer son point de vue sur cette question. Enfin, la SOCAN soutenait que la Commission avait erré en droit et outrepassé sa compétence en refusant d'homologuer un tarif pour la catégorie visant les « Autres sites ».

La SOCAN prétendait que la norme de contrôle applicable au refus de la Commission d'exercer sa compétence ainsi qu'au manquement à l'équité procédurale était celle de la décision correcte. Quant à elles, la plupart des défenderesses alléguaient que la norme applicable aux questions en litige était celle de la décision raisonnable. La Cour n'a pas tranché cette question au motif que, peu importe la norme applicable, la décision de la Commission devait être maintenue.

En ce qui a trait au tarif pour la SRC, la SOCAN proposait d'appliquer à la diffusion simultanée du signal radio de la SRC le même taux que pour la radio conventionnelle. Pour sa part, la SRC soutenait qu'elle ne faisait que reproduire sur Internet son signal conventionnel et que, par conséquent, la diffusion simultanée de son signal sur Internet ne devrait entraîner pour elle aucune redevance supplémentaire.

La Commission a déploré que la SOCAN n'ait pas justifié par une analyse spécifique le taux proposé pour la SRC. Elle a ensuite examiné la proposition de la SRC selon laquelle le droit de diffusion en continu sur Internet devrait être inclus dans le tarif de la SOCAN visant la radio conventionnelle de la SRC. Enfin, elle a conclu que, pour le moment, les redevances versées par la SRC à la SOCAN rémunéraient déjà le droit d'utiliser le répertoire de cette dernière dans le cadre de la diffusion simultanée sur Internet.

La Cour a conclu que la décision de la Commission n'était pas erronée ou déraisonnable. En l'absence d'éléments de preuve sur lesquels la Commission aurait pu fonder une augmentation des redevances, la Cour voyait mal comment la SOCAN pourrait affirmer que la Commission avait refusé d'homologuer un tarif. Au contraire, il s'agit d'une décision rendue par la Commission dans l'exercice même de ses compétences. Comme la Cour l'a affirmé dans *Fédération canadienne des municipalités c. AT&T Canada Corp.*, « la compétence d'un organisme administratif n'est pas subordonnée à la satisfaction ou au mécontentement d'une partie à l'égard de sa décision ».

Quant au taux minimal, la CRIA fondait son argument sur le raisonnement suivant : ayant déterminé dans une décision antérieure que la mesure de référence adéquate pour le droit de télécharger une œuvre musicale était le prix payé pour reproduire une œuvre musicale sur un CD, la Commission a utilisé ce prix pour établir les redevances relatives au droit de reproduction dans le contexte des services de musique en ligne. Cette décision établissait la pleine valeur des droits requis pour télécharger de la musique et, par conséquent, le taux pour la communication devrait être nominal. La CRIA prétendait que le tarif ainsi déterminé représentait la valeur du panier de droits associés au téléchargement d'œuvres musicales. La Cour a conclu que la CRIA avait mal compris le rôle des prix de référence dans l'établissement de redevances. Ces prix sont des modèles servant de point de départ afin de déterminer le taux adéquat pour un droit précis. Le fait qu'un prix de référence ait été utilisé par la Commission afin de déterminer les redevances à l'égard d'un droit en particulier ne préjuge en rien de ce que devrait être la valeur d'un autre droit pour lequel le même prix de référence est également utilisé. La Cour a conclu que la Commission n'avait pas erré en droit en établissant la valeur du droit de communication indépendamment du droit de reproduction : chacun de ces droits mérite rétribution, indépendamment l'un de l'autre.

Enfin, la CRIA soutenait que la Commission n'avait pas suffisamment motivé sa décision. La Cour a rejeté cet argument. Les motifs doivent être suffisants; ils n'ont pas à être parfaits. En l'occurrence, la Commission a expliqué pourquoi elle préférait la preuve de la SOCAN à celle de la CRIA. En outre, se fondant sur une appréciation de ce qui lui semblait réaliste, elle s'est fait sa propre idée dans son évaluation de l'analyse du témoin expert de la SOCAN. Il s'agit là précisément du genre d'expertise spécialisée que les cours reconnaissent depuis longtemps.

ESA soutenait en outre que la preuve présentée par la SOCAN n'était pas suffisante pour permettre à la Commission d'établir un tarif équitable. Ici aussi, la Cour a conclu que la décision de la Commission était raisonnable. Le régime de gestion collective prévu à la *Loi* suppose l'homologation d'un tarif. Sa mise en œuvre ne devrait pas être entravée par une approche inutilement rigide de l'évaluation des fondements servant à homologuer un tarif. On ne peut refuser à la SOCAN un tarif au seul motif qu'elle n'a pas déposé une preuve prépondérante.

Enfin, ESA prétendait que la Commission aurait dû considérer la preuve qu'elle avait présentée selon laquelle ses membres avaient obtenu tous les droits nécessaires des titulaires dont ils utilisent la musique ou qu'elle aurait dû à tout le moins fournir des motifs suffisants à l'appui de sa décision de ne pas accorder de poids à cette preuve. Fournir des échantillons de contrat ne suffisait pas à établir que les membres d'ESA n'auraient jamais besoin d'un tarif. La Cour a à cet égard conclu qu'il était manifeste que la Commission avait tenu compte de cette preuve, bien qu'elle ne lui ait pas donné l'effet qu'ESA aurait souhaité. Cela dit, la Cour a indiqué que les motifs de la Commission étaient trop laconiques et qu'ils ne répondaient pas aux arguments soulevés par ESA. Elle a néanmoins décidé de ne pas retourner la question devant la Commission, en partie parce que le caractère raisonnable de la décision de la Commission était manifeste à sa face même.

Le 24 mars 2011, la Cour suprême du Canada a accordé l'autorisation d'en appeler de la décision.

Canadian Recording Industry Association c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2010 CAF 322

L'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement (CRIA) a également déposé une demande de révision judiciaire du Tarif 22.A. Contrairement aux autres demandes visant cette décision, celle de la CRIA visait non pas ses fondements juridiques, mais le processus par lequel la Commission en était arrivée à sa décision.

La Commission avait accepté, en y apportant quelques modifications, la preuve d'un expert de la SOCAN relativement à la rentabilité des maisons de disque dans l'environnement numérique. La CRIA prétendait que ce faisant, la Commission avait erré en droit; la Commission aurait plutôt dû accepter la preuve de son propre expert. Pour l'essentiel, la CRIA alléguait que la Commission avait pris une décision sans fondement probatoire, qu'elle aurait dû fixer une somme nominale et qu'elle n'avait pas suffisamment motivé sa décision.

La mesure dans laquelle un tribunal est lié par les règles de preuve relève de l'équité procédurale. La Commission est un organisme administratif. À ce titre, elle n'est pas liée par les règles de preuve. Cela dit, elle est tenue d'agir en fonction d'une preuve quelconque. À cet égard, la Cour a conclu qu'il était manifeste à la lecture des motifs que la Commission avait pris en considération la preuve de la CRIA et avait expliqué en quoi elle la trouvait insuffisante. Il était tout aussi clair que l'expert de la SOCAN l'avait convaincue. Il était loisible à la Commission de retenir l'opinion d'un témoin expert plutôt que la preuve de témoins ayant une connaissance personnelle du sujet. La Commission n'avait pas erré en droit puisque ses conclusions reposaient sur des éléments de preuve.

La Cour a ensuite énoncé que la question du caractère public de la communication est tributaire de deux facteurs : l'intention de la personne qui communique et la réception de la communication par au moins une personne du public. D'une part, une communication est « au public » lorsqu'elle est destinée à être reçue du public. D'autre part, en l'absence d'au moins un destinataire, il ne saurait y avoir communication; il y aurait tout au plus une intention de communiquer. Au-delà néanmoins d'un seul destinataire, chaque transmission est une communication au public, à commencer par la première.

Relativement à *CCH*, la Cour a indiqué qu'il n'y avait dans cette affaire aucune indication d'une intention de communiquer au public. Aussi, bien que la Cour suprême ait décidé qu'une transmission par télécopie d'une seule copie d'une œuvre publiée à une seule personne n'était pas une communication au public, elle n'a pas fermé la porte à la possibilité qu'on puisse communiquer au public une personne à la fois. En revanche, en dépit du fait que la Cour ait affirmé dans *CCH* que la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public, la Cour d'appel fédérale a rejeté comme fallacieux l'argument selon lequel le volume des transmissions peut, à lui seul, faire passer une communication de privée à publique.

Enfin, la Cour a également indiqué que le caractère commercial de la communication n'était pas un élément déterminant quant à l'intention de la personne qui communique, citant afin d'illustrer son propos, l'exemple des échanges de fichiers pair-à-pair.

Par conséquent, la Cour a déterminé que la conclusion de la Commission à savoir que la transmission d'un téléchargement d'un fichier de musique à un consommateur individuel est une communication au public par télécommunication, faisant partie des résultats possibles acceptables, était donc raisonnable.

Le 24 mars 2011, la Cour suprême du Canada a accordé la permission d'en appeler de la décision.

Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada and CMRRA/SODRAC Inc., 2010 CAF 221

L'Association canadienne du logiciel de divertissement (ESA) contestait la décision de la Commission d'assujettir les sites de jeux vidéo sur Internet au tarif.

ESA soutenait que la Commission avait erré en droit en concluant que le téléchargement d'un jeu vidéo contenant une œuvre musicale impliquait une communication au public par télécommunication de cette œuvre. La Cour a tranché la question dans *Bell Canada*, résumé précédemment.

ESA soutenait également que les sites de jeux vidéo ne devaient pas être assujettis au tarif étant donné le rôle marginal de la musique dans ces jeux. La Cour a conclu que la décision de la Commission d'établir un tarif dès lors qu'un site utilise, même un tant soit peu, le répertoire de la SOCAN était raisonnable. Dans le cadre du régime SOCAN, pour qu'une utilisation donne droit à compensation, il est nécessaire qu'un tarif ait été homologué. Un tel régime ne se prête pas à l'application de la règle *de minimis*.

La Cour a conclu que la décision de la Commission quant au caractère équitable de l'utilisation, y compris son ampleur, n'était pas déraisonnable. Cependant, elle a indiqué trouver surprenant que la Commission se soit livrée d'office à une interprétation de l'exception d'utilisation équitable sans que cette question n'ait été soulevée par les parties et sans que celles-ci n'aient pu faire de représentations. Bien que cela ne change rien à ses conclusions, la Cour a affirmé que la Commission aurait dû entendre les parties.

Le 24 mars 2011, la Cour suprême du Canada a accordé la permission d'en appeler de la décision.

Bell Canada c. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada, 2010 CAF 220

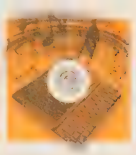
Dans la décision homologuant le tarif 22.A de la SOCAN, la Commission a aussi conclu que la transmission d'un téléchargement à une personne du public était une communication au public par télécommunication.

Les fournisseurs de services de musique en ligne ont déposé deux demandes de révision judiciaire de cet aspect de la décision. Dans les deux cas, ils prétendaient que la transmission individuelle d'un téléchargement à un consommateur est une communication privée, qui n'a pas pour effet de devenir publique du simple fait que, au moyen de transactions distinctes, d'autres consommateurs téléchargent la même œuvre musicale. S'appuyant sur le fait que dans *CCH*, la Cour suprême du Canada a conclu que la transmission d'une seule copie d'une œuvre publiée à une seule personne n'était pas une communication au public par télécommunication, les fournisseurs soutenaient que le même raisonnement devait s'appliquer en l'espèce, à la transmission d'un téléchargement à un consommateur individuel.

La SOCAN s'est elle aussi appuyée sur l'arrêt *CCH* en soulignant un passage dans lequel la Cour affirme que la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public. Selon elle, la nature des activités des services de musique en ligne fait en sorte que la transmission d'un téléchargement est forcément une communication au public.

Au regard de la norme de contrôle applicable, la Cour a déterminé que puisque la Commission est un tribunal spécialisé, qu'elle traite abondamment de questions de droit d'auteur et que la *Loi* est sa loi habilitante, les décisions qu'elle prend relativement à l'interprétation de la *Loi* doivent faire l'objet de déférence. Puisque les décisions de la Commission doivent faire l'objet de déférence à l'égard de questions qui sont purement de droit ainsi qu'aux conclusions de faits, il s'ensuit logiquement que ses décisions doivent faire l'objet de déférence pour ce qui est des questions mixtes de faits et de droit relatives à l'application de sa loi habilitante aux faits en litige.

La Cour a d'abord mis de côté un certain nombre de décisions antérieures auxquelles les parties avaient fait référence, jugeant qu'elles n'étaient d'aucune utilité en l'espèce, soit parce qu'elles ont été rendues à une époque où la définition d'œuvre musicale était fort différente de la définition actuelle, soit parce qu'elles avaient trait à la notion d'exécution publique et non de communication au public par télécommunication.



Tarif 22.A de la SOCAN (Internet – Services de musique en ligne) 1996-2006

Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada, 2010 CAF 123

Le 18 octobre 2007, la Commission homologuait le tarif 22.A de la SOCAN, pour la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales par les services Internet de musique en ligne. La décision a fait l'objet de cinq demandes de révision judiciaire.

S'appuyant sur l'arrêt *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada (CCH)*, la Commission a conclu que l'écoute préalable d'extraits d'œuvres musicales constituait une utilisation équitable aux fins de recherche aux termes de l'article 29 de la *Loi* et ne pouvait, par conséquent, être assujettie au paiement de redevances.

La SOCAN a contesté l'interprétation donnée par la Commission au mot « recherche ». Selon elle, cette notion évoque la recherche systématique, l'analyse critique ou encore l'enquête scientifique. De plus, la recherche doit être effectuée dans un cadre formel. L'écoute préalable que permettent les services de musique en ligne ne revêtirait aucune des caractéristiques inhérentes au concept de recherche.

La Cour a reconnu que le mot « recherche » avait plusieurs acceptions. Outre son sens commun, qui désigne l'action de chercher et l'effort pour trouver quelque chose, le mot évoque également l'idée d'un effort de l'esprit pour trouver une connaissance nouvelle. En l'espèce, la Cour a conclu que la Commission n'avait pas erré en décidant de donner au mot recherche son sens premier. L'achat d'un téléchargement requiert un effort de la part du consommateur pour trouver ce qu'il recherche et s'assurer de la qualité de l'enregistrement qu'il souhaite se procurer. L'écoute préalable d'un extrait contribue à cet effort pour trouver. Bien qu'il ne fasse aucun doute que l'écoute préalable comporte des avantages pour les services de musique en ligne, la Cour a conclu qu'il fallait analyser la question sous l'angle de la personne à qui l'écoute est destinée, le consommateur. À cet égard, l'écoute préalable participe de sa recherche pour trouver l'œuvre musicale qu'il souhaite obtenir.

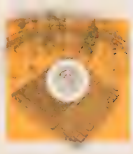
Ayant déterminé que l'écoute préalable constituait une utilisation de l'œuvre musicale à des fins de recherche, la Commission s'est ensuite attardée à déterminer si l'utilisation était équitable. Pour ce faire, elle a analysé l'utilisation à l'aune des six facteurs énumérés dans l'arrêt *CCH*, à savoir le but, le caractère et l'ampleur de l'utilisation, les solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. La Commission a conclu que l'utilisation était équitable.

En ce qui a trait entre autres à l'ampleur de l'utilisation, la Commission a affirmé que le fait de transmettre un extrait pour en permettre une seule écoute préalable constituait une utilisation quantitativement modeste par rapport à l'achat de l'œuvre entière pour écoute répétée. La SOCAN alléguait que la Commission aurait dû utiliser un autre étalon de mesure. Au lieu de s'en remettre à chaque cas individuel d'écoute préalable, elle aurait dû analyser l'ampleur de l'utilisation en tenant compte de l'agrégat du nombre d'utilisateurs, des écoutes préalables et des heures de musique qui en résultent. Pour la SOCAN, le volume d'écoute préalable pris dans son ensemble était tel que, si elle avait pu soumettre une preuve devant la Commission, cette dernière n'aurait pu conclure qu'il s'agissait d'une utilisation équitable.

Le 15 octobre 2009, le Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport Québec (MELS) a déposé une demande auprès de la Commission pour une licence d'utilisation d'une œuvre dont le titulaire de droit d'auteur est introuvable afin d'utiliser la trame sonore de l'enregistrement vidéo d'un discours prononcé par Severn Cullis-Suzuki dans le cadre du Sommet sur la Terre qui s'est tenu à Rio de Janeiro en 1992. Le MELS entendait exécuter la trame sonore en public lors de l'administration d'un examen.

La Commission a conclu qu'il n'y avait pas lieu de délivrer une licence en l'espèce puisque le MELS est en mesure de se prévaloir de l'exception prévue au paragraphe 29.4(2) de la *Loi*, c'est-à-dire, un établissement d'enseignement qui exécute une œuvre en public dans le cadre d'un examen. De plus, la trame sonore n'est pas « accessible sur le marché ». Enfin, la trame sonore ne semble pas faire partie du répertoire d'une société collective.

Titulaires de droits d'auteur introuvables



L'article 77 de la *Loi* donne à la Commission le pouvoir de délivrer des licences pour autoriser l'utilisation d'œuvres publiées, de fixations de prestations, d'enregistrements sonores publiés ou de la fixation d'un signal de communication lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable. La *Loi* exige cependant des requérants qu'ils aient fait des efforts raisonnables pour retrouver le titulaire du droit d'auteur. Les licences délivrées par la Commission sont non exclusives et valides seulement au Canada.

Au cours de l'exercice financier, 30 demandes de licences ont été déposées auprès de la Commission et huit licences ont été délivrées comme suit :

- *John S. Long*, North Bay (Ontario) pour la reproduction de l'article intitulé « The White Dog Feast » écrit par Joseph Vanasse en 1907.
- *Université d'Athabasca*, Athabasca (Alberta) pour la numérisation et la communication au public de journaux communautaires.
- *Lauren Bergen*, Île Lasqueti (C.-B.) pour la reproduction d'un manuel bilingue intitulé « New Students' Edition, Enlarged and Revised, A New Method for the Pianoforte / Nouvelle "Édition des élèves", Augmentée et Revisée, Une nouvelle méthode pour le piano » écrit par James Bellack, traduit par F. Raynaud et publié par Whaley, Royce et cie en 1917.
- *Société Radio-Canada*, Montréal (Québec) pour la reproduction d'extraits de trois œuvres musicales dans une émission de télévision.
- *Office national du film du Canada*, Montréal (Québec) pour la reproduction et l'incorporation, dans un film documentaire, d'une caricature produite par Stewart Cameron.
- *McGraw-Hill Ryerson Limited*, Whitby (Ontario) pour la reproduction et la communication au public par télécommunication d'une œuvre créée par Sidney Clark Ells.
- *Canadian Coast Guard*, Sydney (N.-É.) pour la reproduction de « Chaudières marine, questions et réponses » traduit par W.D. Ewart de « Marine Boilers Questions and Answers » de G.T.H. Flanagan et publié en 1984 par Stanford Maritime, London, R.-U.
- *PCF Angle Mort Film Inc.*, Montréal (Québec) pour la reproduction, la synchronisation et l'exécution en public d'un extrait d'une série télévisée intitulée « Maria del Barrio ».



Le 17 décembre 2010 – Tarif pour l'année 2011

Au 31 mars 2010, la SCPCP a déposé son projet de tarif de copie privée pour 2011.

Le projet comportait des redevances pour les cassettes audio. En homologuant le tarif de copie privée pour 2010, la Commission avait décidé que celles-ci ne devraient plus faire l'objet d'une redevance. Les données mises à jour que la SCPCP a déposées en réponse à la demande de la Commission ne mentionnent plus ce type de support. La Commission a traité la question comme réglée.

Les données déposées par la SCPCP comportaient des différences importantes par rapport à celles déposées pour le tarif de 2010. Elles indiquaient que beaucoup plus de pistes ont été copiées et que, malgré une baisse importante de la quantité de CD vierges vendue, les ventes aux particuliers sont restées plus ou moins au même niveau.

De manière générale, un tarif doit refléter les tendances du marché auquel il s'applique. Un tarif s'ajustant aux changements à court terme engendrerait de l'instabilité et de l'incertitude. Se fondant sur la preuve, la Commission a conclu que les données à jour ne sont pas représentatives de tendances à long terme, et ne devraient donc pas être utilisées pour établir la redevance. Les ventes des CD vierges baissent rapidement et devraient être négligeables d'ici peu. Des changements aussi rapides font en sorte que les renseignements que la SCPCP peut obtenir, notamment ceux qui proviennent de sondages, deviennent nécessairement moins fiables.

D'autres résultats suscitent des interrogations. La Commission n'a pas cru que le nombre de pistes copiées sur CD a augmenté de plus de 50 pour cent en un an, par exemple. Enfin, la pertinence des certaines données devra être remise en examen si les changements au marché sont si rapides que ce qu'indiquent les données.

Cela étant dit, la SCPCP a demandé uniquement que le taux demeure le même. La Commission, ne voyant aucune raison de croire qu'il devrait être abaissé, a homologué un taux de 29 ¢ pour les CD vierges pour l'année 2011, un taux identique au taux de l'année précédente. La Commission a éliminé les redevances qui étaient rattachées aux MiniDisc. Moins que 8000 unités ont été vendues en 2009; par conséquent, ceux-ci n'étaient plus habituellement utilisés pour la copie privée.



Par conséquent, la Commission a conclu qu'il n'y a pas de caractéristiques stables des CD professionnels qui permettent de les distinguer des CD disponibles au détail.

De plus, pour que les CD professionnels ne soient pas assujettis aux redevances, l'utilisation réelle de ces CD par les consommateurs pour copier de la musique devrait être suffisamment faible pour que ces CD soient jugés non conformes à la définition de « support audio ». L'utilisation réelle de ces CD n'est pas marginale au point de les soustraire à cette définition. Les propres données de vente de ZEI montrent que l'accès du consommateur aux CD professionnels n'est pas minime. La proportion de CD professionnels destinés aux consommateurs est non négligeable et les consommateurs qui achètent des CD professionnels sont aussi enclins à les utiliser pour copier de la musique que les autres CD. Par conséquent, la Commission n'a pas exclu les CD professionnels du tarif de la copie privée.

La Commission a examiné l'utilisation des cassettes, CD et MiniDisc pour la copie privée. Moins d'un pour cent des copies privées sont faites sur des cassettes. Leur utilisation pour copier la musique est devenue marginale et ne justifie plus de redevances de copie privée. L'utilisation des CD pour la copie privée est à la baisse, mais demeure quantitativement significative. En l'absence de renseignements nouveaux concernant l'utilisation des MiniDisc pour la copie privée, la Commission a maintenu la redevance à l'égard des CD et des MiniDisc.

La Commission a accepté le témoignage des experts selon lequel 80 pour cent des pistes copiées correspondaient à des pistes individuelles plutôt qu'à des albums entiers. Notant que le prix des services de musique en ligne pour une piste sélectionnée est (en moyenne) 40 pour cent plus haut que le prix par piste des albums entiers, la Commission a calculé un rajustement de 32 pour cent à la valeur des CD copiés pour tenir compte de la sélection.

À l'égard des autres rajustements, la Commission a recouru au modèle d'évaluation utilisé dans les décisions précédentes de copie privée. Le taux pour les CD et MiniDisc pour 2010 a été calculé à 0,29 $: la hausse pour les copies de pistes individuelles compense les baisses des autres facteurs dans le modèle d'évaluation. Ce modèle indiquait également que les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs devaient recevoir respectivement 58,2 pour cent, 23,8 pour cent et 18 pour cent des redevances totales. La Commission a approuvé cette répartition.



La SCPCP prétend qu'un support ne peut être divisé en différents types que s'il comporte des distinctions technologiques ou physiques (intrinsèques) faisant en sorte qu'il ne peut être utilisé pour copier de la musique. À l'inverse, on ne peut se fonder sur les caractéristiques extrinsèques pour établir qu'il existe un type différent de CD.

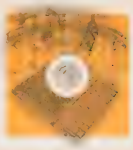
Le législateur a voulu que le régime de copie privée soit réceptif aux réalités du marché et assez souple pour s'adapter à un environnement changeant. Le régime est conçu pour donner à la Commission toute la latitude nécessaire pour inclure ou exclure les éléments requis afin qu'il soit le plus équitable possible à l'égard des personnes visées et renforcer le lien nécessaire pour préserver sa constitutionnalité. Cela étant dit, si les CD professionnels étaient traités de façon différente des autres CD, il faudrait qu'il y ait au moins une caractéristique stable qui puisse être utilisée pour les distinguer. De plus, une telle caractéristique ne devrait pas être facilement manipulable dans le but d'éviter le tarif. Règle générale, les caractéristiques intrinsèques sont préférables aux caractéristiques extrinsèques, bien que cette distinction ne soit pas nette dans certains cas.

Règle générale, les CD professionnels n'ont pas de marque alors que les autres CDs en ont une. Cependant, il n'y a pas une définition claire d'un CD sans marque. Le marquage n'est pas une caractéristique stable; un CD sans marque peut être marqué en tout temps après la fabrication ou l'importation. Cela engendre des questions de mise en œuvre : aucune redevance n'est payable à l'égard des CD marqués après que l'importateur les ait aliénés. De plus, le marquage n'est pas une caractéristique qui influence la probabilité qu'un consommateur achète le CD ou l'utilise pour copier la musique.

La Commission a rejeté la prétention que l'emballage en vrac permette de distinguer les CD professionnels des autres. L'emballage est un exemple clair d'une caractéristique extrinsèque et non stable en soi qui peut être manipulé pour éviter le tarif. De plus, l'emballage des CD au détail peut ressembler à l'emballage en vrac. ZEI a prétendu aussi que les CD professionnels sont vendus non conformément à la *Loi sur l'emballage et l'étiquetage des produits de consommation (LEEPC)*. Plusieurs CD sont vendus aux consommateurs non conformément à la *LEEPC*; celle-ci et les autres caractéristiques proposées par ZEI n'étaient pas suffisamment évidentes et stables pour être vérifiables.



Copie pour usage privé



Arrière-plan

Le régime de copie privée permet la copie pour usage privé d'enregistrements sonores d'œuvres musicales (la « copie privée »). En échange, on exige de ceux qui importent ou fabriquent des supports habituellement utilisés pour faire de la copie privée qu'ils versent une redevance sur chacun de ces supports. La Commission fixe le montant de la redevance et désigne l'unique société de perception à laquelle ces montants sont versés. Les redevances sont versées à la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP), au bénéfice des auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles.

Le régime est universel; tous les importateurs et fabricants paient la redevance. Cependant, pour tenir compte du fait que plusieurs supports servent à autre chose que la copie privée, la redevance est diminuée proportionnellement pour refléter ces autres utilisations des supports.

Dépôt de projets de tarifs

Le 31 mars 2011, la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) a déposé un projet de tarif des redevances à percevoir pour la copie privée pour les années 2012 et 2013.

Audiences

Aucune audience n'a eu lieu au cours de l'exercice financier.

Décisions

Deux décisions ont été rendues au cours de l'exercice financier, comme suit.

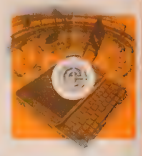
Le 2 novembre 2010 – Tarif pour l'année 2010

Le 22 janvier 2009, la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) déposait son projet de tarif de copie privée pour 2010, demandant à maintenir le taux de redevances actuel de 24 ¢ par cassette audio et de 29 ¢ par CD et MiniDisc.

L'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) a déposé puis retiré son opposition. Z.E.I. Media Plus Inc. (ZEI), s'est opposé en soutenant que les CD dits professionnels ne devraient pas être assujettis au tarif.

ZEI prétendait que les CD de données ne sont pas un type de support unique et homogène et que les CD dits professionnels ne sont pas habituellement utilisés par les consommateurs pour copier de la musique. De plus, ZEI a affirmé qu'il faut tenir compte de toute caractéristique permettant de différencier deux types de CD quant à leur utilisation habituelle, sans quoi on porterait atteinte à l'équité du régime de copie privée.

Retransmission de signaux éloignés



Arrière-plan

La *Loi* prévoit le versement de redevances par les câblodistributeurs et autres retransmetteurs pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio. La Commission fixe les redevances et les répartit entre les sociétés de gestion représentant les titulaires de droits d'auteur dans les œuvres ainsi retransmises.

Dépôt de projets de tarifs

L'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens, l'association du droit de retransmission canadien et la société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique ont déposé un projet de tarif pour la retransmission de la radio pour les années 2012 et 2013.

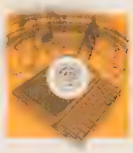
Audiences

Aucune audience n'a eu lieu en 2010-2011.

Décisions

Aucune décision n'a été rendue au cours de l'exercice financier.

Procédures d'arbitrage



En vertu de l'article 70.2 de la *Loi*, la Commission a le pouvoir d'établir les redevances et modalités afférentes à une licence permettant l'utilisation du répertoire d'une société de gestion visée à l'article 70.1, en cas de mésentente entre cette société et un utilisateur et à la demande de l'un d'eux.

En juin 2010, la Commission a instruit deux demandes d'arbitrage, à savoir SODRAC c. SRC et SODRAC c. Groupe Astral, fusionnées en une seule procédure. Le tarif 5 de la SODRAC pour la reproduction d'œuvres musicales dans des films a également été partiellement fusionné avec les deux demandes d'arbitrage.

Décisions

La Commission n'a rendu aucune décision au cours de l'exercice financier.

Demandes

En 2010-2011, la Commission n'a été saisie d'aucune demande d'arbitrage.

Le 27 juillet 2010, après avoir été informée qu'une entente était intervenue entre les parties, la Commission a confirmé être dessaisie de la demande d'arbitrage déposée par la SODRAC le 3 septembre 2009, à l'égard de MusiquePlus.



Certains opposants soutiennent que les pratiques des établissements en matière de copie ont tellement changé que la Commission doit fixer un prix symbolique. Ces arguments sont fondés sur des conjectures et ils préjugent le débat même qui entoure la présente affaire : l'avènement d'Internet pourrait ne pas entraîner l'émergence de l'établissement d'enseignement numérique.

Les arguments que la demande provisoire soulève des préoccupations en matière de concurrence ont aussi été rejetés. Access n'est pas un monopole à au moins deux égards. Elle ne représente pas le répertoire mondial et ce qu'elle représente l'est à titre non exclusif. Les utilisateurs demeurent libres de traiter directement avec ses affiliés. De plus, le mandat de la Commission n'est pas de protéger les utilisateurs contre tout abus possible du pouvoir monopolistique de la part des sociétés de gestion, mais de maintenir un équilibre au sein des marchés concernés.

Bien que le tarif provisoire doive maintenir le *statu quo*, il ne peut concéder une licence pour une utilisation qui ne pourrait être visée dans le tarif définitif. Par conséquent, la Commission a refusé d'inclure les œuvres musicales dans le tarif provisoire. Pour maintenir le *statu quo*, le tarif provisoire contient une clause d'indemnisation, même si la Commission a déjà décidé qu'une telle clause n'est pas nécessaire dans les tarifs d'Access. Cette question devra faire l'objet d'une reconsidération plus tard dans cette affaire. Les licences pour les copies numériques en vertu du tarif provisoire ont été incluses comme option aux établissements, bien que les opposants aient prétendu de ne pas vouloir l'utiliser.

Les motifs se terminent avec un commentaire sur le texte du tarif provisoire. Le tarif calque la licence-type de l'AUCC dans la mesure du possible. Des modifications ont été apportées seulement au besoin. Partout où la licence type d'AUCC permettait à un établissement et à Access de s'entendre sur certaines modalités, les modalités de la dernière entente en vigueur entre l'établissement et Access ont été incorporées par renvoi dans le tarif. Enfin, la liste des ouvrages exclus a été conservée, car il s'agit d'un allié nécessaire à la clause d'indemnisation qui a également été maintenue.

Les opposants ont fait opposition à la demande en invoquant un certain nombre de motifs. Ils prétendaient que la Commission n'a pas la compétence pour établir un tarif provisoire dans les circonstances, que les conditions pour qu'une décision provisoire soit rendue ne sont pas remplies, qu'il ne convient pas de rendre une telle décision, et que la mesure recherchée par Access ne préserve pas le *statu quo*. La Commission concluait que, bien que les arguments portant sur la question de savoir si la Commission peut ou devrait rendre une décision provisoire en l'espèce dénaturent le régime que la Commission applique ou les faits qui sont pertinents, quelques-uns sont valables.

En traitant des arguments des opposants, la Commission a fourni des réponses à plusieurs questions légales et politiques, incluant les suivantes.

Règle générale, il incombe aux utilisateurs d'informer les titulaires de droits de leur intention d'utiliser une œuvre protégée et non aux titulaires d'informer les utilisateurs de ce qu'ils détiennent ni des conditions en vertu desquelles ils sont disposés à en autoriser l'utilisation.

Le droit d'un titulaire de contrôler les utilisations protégées de ses œuvres par d'autres personnes est de nature législative et non contractuelle. Aucun contrat n'est nécessaire pour que celui qui se livre à une utilisation protégée non autorisée soit assujetti à une obligation envers un titulaire du droit d'auteur. Il est donc faux de prétendre que les utilisateurs sont libres de faire des utilisations protégées des œuvres d'autrui ou que le droit de percevoir des redevances prend fin une fois que l'entente autorisant ces utilisations expire. La seule chose qui se termine avec la licence est le droit de l'utilisateur d'utiliser le répertoire, et non le droit du titulaire d'être compensé.

L'article 66.51 de la *Loi* prévoit que la Commission peut rendre des décisions provisoires. C'est un pouvoir exprès, non un pouvoir implicite.

Une décision provisoire n'est pas comme une injonction. L'injonction empêche une personne de faire ce qu'elle aurait le droit de faire en temps normal. La décision provisoire détermine les conditions auxquelles une personne peut, si elle le désire et sans le consentement du titulaire de droits, se livrer à des utilisations protégées qui, normalement, nécessiteraient une permission que le titulaire n'est pas obligé d'accorder.

Un tarif provisoire n'est pas obligatoire. Un établissement n'ayant pas besoin d'une licence n'est pas obligé de respecter le tarif. Il peut se soustraire à son application en achetant l'œuvre, en négociant une licence de reproduction de l'œuvre avec Access ou ses affiliés, en n'utilisant pas les œuvres figurant dans le répertoire d'Access ou en s'en tenant à des conduites qui n'engagent pas sa responsabilité au titre du droit d'auteur.

Il n'est ni impossible en droit ni injuste d'établir un tarif provisoire sans vraiment savoir à quelles œuvres il va s'appliquer. Le répertoire d'une société de gestion change tous les jours, si ce n'est toutes les heures. Bien qu'il soit souvent possible de déterminer, à un moment donné, si une œuvre ou un catalogue en particulier figure dans un répertoire, il n'est jamais possible de déterminer tout ce qui en fait partie. Cela est vrai même d'une société de gestion pouvant légitimement affirmer représenter toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur, ne serait-ce qu'à cause du fait qu'il n'est jamais possible de déterminer quelles sont « toutes les œuvres protégées par le droit d'auteur ».

Décisions

Une décision a été rendue au cours de l'exercice financier, comme suit.

Le 16 mars 2011 – Tarif provisoire d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013

Le 31 mars 2010, Access Copyright (Access) a déposé un projet de tarif pour la reproduction par reprographie, par des établissements d'enseignement postsecondaires. Le tarif définitif devait prendre effet le 1er janvier 2011. Les licences établissant les relations entre Access et les institutions devaient échoir à la même date. Cependant, les audiences dans cette affaire ne commenceront que plus tard et un tarif définitif ne pourra être homologué qu'après.

Le 13 octobre 2010, Access a déposé une demande de décision provisoire qui garantirait que le régime de concession de licence en vigueur continue de s'appliquer, sauf exceptions, jusqu'à ce que la Commission homologue un tarif définitif. Dix-sept opposants se sont opposés à la demande.

Le 23 décembre 2010, la Commission a accueilli la demande d'Access et établi un tarif provisoire. Le 16 mars 2011, la Commission a publié les motifs de sa décision. Le tarif provisoire a maintenu le *statu quo* conformément à la licence-type de l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC), dans la mesure du possible. Le tarif emporte une redevance de 3,58 $ par étudiant équivalent temps plein.

Au fil des ans, la Commission a élaboré un certain nombre de principes pour examiner les demandes de décisions provisoires, en conformité avec l'arrêt-clé sur la nature et les raisons des décisions provisoires. Une décision provisoire sert avant tout à éviter les effets néfastes de la longueur des procédures. Une décision provisoire peut servir à éviter les vides juridiques. Une décision provisoire est prise rapidement à partir d'éléments de preuve qui seraient souvent insuffisants pour rendre une décision finale, et même en l'absence de toute preuve. En général, la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique. Enfin, une décision provisoire ne statue pas sur le fond d'une question devant être examinée dans une décision finale. Elle ne préjuge pas de la décision finale.

Plusieurs raisons expliquent la décision de la Commission d'accueillir la demande. Un régime de concession de licences permettant aux établissements d'utiliser le répertoire d'Access est en place depuis 1994. Une décision provisoire évitera les vides juridiques. Sans une telle décision, certains établissements utiliseront le répertoire d'Access sans autorisation alors qu'il en faut une. Une décision provisoire instaure un climat de certitude jusqu'à ce que la Commission homologue un tarif définitif. Elle n'impose pas une seule solution en matière de licences; elle ajoute plutôt un moyen que les établissements pourront utiliser pour respecter leurs obligations reliées au droit d'auteur. Soit, c'est la première fois que la Commission décide de maintenir le *statu quo* dans le contexte d'un tarif inaugural déposé conformément au régime général, dans un marché où existaient déjà des arrangements de concession de licences. Ce n'est pas une raison suffisante pour refuser de maintenir le *statu quo*, surtout que les ententes en vigueur étaient, de par leur essence, tellement semblables et tellement répandues sur le marché qu'elles agissaient, de fait, comme un tarif. Le *statu quo* est une question de fait, non de forme.

Régime général

Arrière-plan

Les articles 70.12 à 70.191 de la *Loi* accordent aux sociétés de gestion qui ne sont pas assujetties à un régime spécifique l'option de procéder par dépôt de projets de tarifs auprès de la Commission. Le processus d'examen et d'homologation de ces tarifs est le même que dans les régimes spécifiques. Le tarif homologué est opposable à tous les utilisateurs, sauf que contrairement aux régimes spécifiques, les ententes conclues en vertu du régime général ont préséance sur le tarif.

Dépôts de projets de tarifs

En mars 2011, les projets de tarifs suivants ont été déposés auprès de la Commission en application de l'article 70.13 de la *Loi* :

- Tarif déposé par ACTRA PRS/MROC pour la reproduction, au Canada, de prestations d'artistes-interprètes par les stations de radio commerciales pour l'année 2012.
- Tarif déposé par ArtistI pour la reproduction, au Canada, de prestations d'artistes-interprètes par les stations de radio commerciales pour les années 2012 à 2014.
- Tarif déposé par AVLA/SOPROQ pour la reproduction, au Canada, d'enregistrements sonores par les stations de radio commerciales pour les années 2012 à 2017.
- Tarifs déposés par CMRRA-SODRAC Inc. (CSI) pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio non commerciales pour l'année 2012 et par les services de musique en ligne pour l'année 2012.
- Tarif déposé par la Société canadienne de gestion des droits éducatifs (SDGDE), au Canada, pour la reproduction et l'exécution d'œuvres ou de tout autre objet du droit d'auteur communiqués au public par télécommunication par des établissements d'enseignement, au Canada, pour les années 2012 à 2016.
- Tarif déposé par la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) pour la reproduction d'œuvres musicales incorporées dans une vidéo de musique, au Canada, par les services de musique en ligne pour l'année 2012.

Audiences

Au cours de l'exercice financier 2010-2011, la Commission a tenu une audience, laquelle portait sur deux demandes d'arbitrage :

- Immédiatement après avoir instruit, en juin 2010, deux demandes d'arbitrage, à savoir SODRAC c. SRC et SODRAC c. Groupe Astral, fusionnées en une seule procédure, la Commission a examiné le tarif de la SODRAC pour la reproduction d'œuvres musicales dans des films (tarif 5). Ce tarif a également été partiellement fusionné avec les deux demandes d'arbitrage.
- En juin 2010, la Commission a examiné conjointement le tarif de CSI pour la reproduction d'œuvres musicales et le tarif de la SOCAN pour la communication au public par télécommunications d'œuvres musicales, tous deux à l'égard des services de musique en ligne.



Puisque les producteurs « possèdent » la majorité de la valeur des prestations incorporées aux enregistrements sonores, le point de départ pour le taux d'AVLA/SOPROQ est le taux entier de CSI, même si la valeur de la prestation et celle de l'enregistrement sonore ont été calculées séparément. Ce taux a été rajusté pour plusieurs raisons. D'abord, la valeur des reproductions SDMN a été retranchée, puisque ces reproductions font déjà l'objet d'une licence. Ensuite, la part détenue par les artistes-interprètes a été déduite, qu'une société collective ait déposé un tarif ou non. Enfin, les montants ont été rajustés pour refléter la part du répertoire d'AVLA/SOPROQ.

L'ACR a demandé qu'un taux plus bas soit homologué pour les stations de radio à prépondérance verbale. La Commission a refusé de le faire, privilégiant plutôt l'harmonisation et la simplification des tarifs.

La Commission a convenu qu'en principe, les revenus associés aux services de production ne sont pas des revenus publicitaires et ne devraient pas être inclus dans l'assiette tarifaire. Toutefois, le dossier en l'espèce ne contient aucune preuve lui permettant de procéder au rajustement, à cause de la façon dont les services de production sont liés aux contrats de publicité. Puisque la Commission a déterminé qu'il était important que les tarifs des sociétés de gestion aient tous la même base tarifaire, soit le revenu brut.

Les taux pour l'ensemble des sociétés de gestion sont résumés dans le tableau suivant.

Taux homologués par la Commission, en pourcentage des revenus bruts

	SOCAN	Ré:Sonne	CSI	AVLA/SOPROQ	Artisti
Stations utilisant peu de musique					
Pour des revenus ne dépassant pas 625 000 $	1,5	0,75	0,135	0,113	0,003
Pour des revenus supérieurs à 625 000 $ mais ne dépassant pas 1,25 million de dollars	1,5	0,75	0,259	0,234	0,005
Pour des revenus supérieurs à 1,25 million de dollars	1,5	0,75	0,434	0,405	0,008
Autres stations					
Pour des revenus ne dépassant pas 625 000 $	3,2	1,44	0,304	0,278	0,006
Pour des revenus supérieurs à 625 000 $ mais ne dépassant pas 1,25 million de dollars	3,2	1,44	0,597	0,564	0,011
Pour des revenus supérieurs à 1,25 million de dollars	4,4	2,1	1,238	1,192	0,023

Note : Les taux de Ré:Sonne sont assujettis au sous-alinéa 68.1(1)a)(i) de la Loi *qui fixe le montant que les radiodiffuseurs paient sur les recettes publicitaires ne dépassant pas 1,25 million de dollars à 100 $ par année.*

La Commission a examiné et rejeté les trois méthodologies économiques proposées par les parties pour estimer la valeur de la musique pour la radio commerciale.

L'ACR proposait de mettre à jour et ajuster à la marge la méthodologie que la Commission avait utilisée dans sa décision précédente à l'égard de la radio commerciale. La Commission a refusé, expliquant que le modèle ne peut servir qu'à mesurer les tendances à long terme. Puisque les tendances à long terme restaient les mêmes, le taux devait demeurer inchangé.

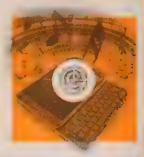
La Commission a rejeté la première méthodologie proposée par AVLA/SOPROQ, car elle supposait une correspondance parfaite entre l'utilisation de la musique et les revenus publicitaires. La Commission n'a pu accepter que si la musique, même pondérée par l'écoute, rend compte d'un certain pourcentage des revenus publicitaires, il s'ensuit nécessairement que le même pourcentage d'auditeurs est attiré à la station et y est retenu à cause de la musique.

La deuxième méthodologie proposée par AVLA/SOPROQ identifiait la valeur des reproductions musicales avec la différence des coûts épargnés entre les stations de musique et celles à prépondérance verbale. Les différences dans le rendement financier des stations de musique et à prépondérance verbale peuvent résulter de plusieurs facteurs dont le modèle ne tient pas compte, incluant le nombre d'auditeurs, la taille des stations, la bande de fréquence de radiodiffusion et le recours à des animateurs. Les différences de coûts entre le contenu musical et parlé peuvent être expliquées par des hausses dans le coût du contenu parlé.

Enfin, ayant examiné l'historique des tarifs précédents et rejetés toutes les méthodologies d'évaluation qui lui ont été présentées, la Commission a choisi de privilégier la stabilité. Jusqu'en 2005, le taux de la SOCAN était demeuré essentiellement le même pendant plus de 25 ans. Le taux de Ré:Sonne avait d'abord été établi en 1999 en fonction du taux de la SOCAN. En 2005 et 2008, utilisant des méthodologies différentes et tenant compte d'un certain nombre de facteurs pouvant influer sur la valeur de la musique, la Commission a accru le taux effectif de la SOCAN à 4,2 pour cent et établi celui de Ré:Sonne de la même façon qu'en 1999. Un nouvel équilibre a été créé. Les taux stables évitent les couts administratifs associés aux changements de taux. L'unique enjeu qui restait était l'utilisation de musique. La preuve n'a pas établi si la hausse de l'utilisation de musique était une tendance suffisamment permanente pour justifier un ajustement permanent du taux. Par conséquent, les taux pour la SOCAN et Ré:Sonne sont demeurés les mêmes.

En revanche, la Commission a ajusté les taux CSI pour refléter la hausse récente des taux de la SOCAN et la hausse de la part du répertoire que gère CSI. Tel que pour la SOCAN, la Commission a décliné d'ajuster de nouveau le taux CSI pour refléter des hausses dans l'utilisation de musique depuis 2005.

Le point de départ pour les taux d'ArtistI et d'AVLA/SOPROQ était le taux CSI. Comme pour le droit de communication, la valeur du droit de reproduction des œuvres musicales pour les stations de radio est égale à celle des enregistrements sonores. La valeur du droit de reproduction de l'enregistrement sonore est divisée également entre la prestation et l'enregistrement sonore, que le droit d'auteur de l'artiste-interprète de 15(1)*b*)(ii) se soit matérialisé ou non. Si le droit s'est matérialisé, la valeur de la prestation est attribuée à l'artiste-interprète. Dans le cas contraire, cette valeur est attribuée au producteur. Le taux d'ArtistI se calcule en multipliant le demi du taux de CSI par la part du répertoire que CSI représente.



le serveur du SDMN, « transmis » à la station de radio, puis « stockés » dans l'ordinateur de cette station. C'est le radiodiffuseur qui crée les copies sur son serveur. De plus, une copie existe avant que le fichier soit incorporé dans le système de lecture, puisqu'elle est disponible pour utilisation par le diffuseur avant cette incorporation. La copie SDMN est une reproduction au même titre que le téléchargement permanent. En revanche, l'écoute de chansons à titre d'essai à partir d'un serveur SDMN n'implique pas une reproduction d'une partie importante d'une œuvre, car la chanson n'est pas téléchargée entièrement.

Dans une décision précédente concernant la radio commerciale, la Commission a fait l'hypothèse que la diffusion simultanée incorpore des reproductions. En l'absence de preuve, la Commission a de nouveau fait cette hypothèse.

Les stations de radio sont-elles responsables à l'égard de ces reproductions?

L'ACR allègue qu'un SDMN autorise déjà les radiodiffuseurs à faire ces reproductions. Il faut donc décider si un SDMN a l'autorisation nécessaire pour octroyer des licences et, dans l'affirmative, la mesure de cette autorisation. En ce qui concerne les auteurs, ni CSI, ni ses membres n'ont un lien avec aucun SDMN. De façon similaire, les artistes-interprètes qui sont des membres d'ArtistI n'ont pas un lien avec un SDMN. Les producteurs d'enregistrement sonore en ont un. Et puisque AVLA et SOPROQ agissent comme des agents non exclusifs de leurs membres, ils ne peuvent empêcher les producteurs de délivrer une licence pour certaines utilisations à un SDMN.

Les ententes entre les maisons de disque, les SDMN et les diffuseurs indiquent clairement que les SDMN sont les agents des maisons de disque. Cependant, les modalités des ententes limitent l'autorisation à la copie initiale chiffrée et déchiffrée. Les copies subséquentes ne sont pas visées par la licence et donc assujetties au tarif.

Ayant traité des questions juridiques, la Commission a ensuite examiné les positions des parties.

La SOCAN a proposé que son taux principal soit augmenté de 4,4 pour cent à un taux entre 4,7 et 5,2 pour cent des revenus. Ré:Sonne a proposé une augmentation de 2,1 à 2,24 pour cent. CSI a demandé une augmentation de 0,8 à 1,32 pour cent. AVLA/SOPROQ et ArtistI ont demandé un taux maximal de 4 et 2,43 pour cent, respectivement, assujetti à un ajustement pour le répertoire. L'ACR a proposé un taux de 2,9 pour cent pour tous les droits requis pour qu'une station de radio commerciale puisse diffuser de la musique.

La SOCAN et Ré:Sonne ont prétendu que leurs taux devraient augmenter pour refléter la hausse de l'utilisation de musique. Ils ont également demandé que les redevances soient calculées sur la base du revenu brut. CSI a donné trois raisons pour augmenter son taux. D'abord, le taux de la SOCAN a augmenté. Ensuite, l'utilisation de la musique a augmenté. Enfin, CSI détient une part plus grande du répertoire qu'auparavant. AVLA/SOPROQ a demandé que leur taux soit fixé à l'aide d'une méthodologie indépendante d'évaluation. ArtistI a proposé que son taux soit fixé à l'aide d'une comparaison avec le taux de CSI. L'ACR a demandé que tous les droits soient évalués comme un intrant unique et prétendu que les radiodiffuseurs ont le droit de déduire la juste valeur marchande des services de production offerts aux publicitaires en vertu des contrats de publicité clés en main.



Les contrats d'enregistrement déterminent ce qu'autorise l'artiste-interprète. Puisqu'aucun contrat individuel n'a été déposé, la Commission s'est fondée sur les contrats types d'enregistrement. La Commission a conclu que le droit de reproduction pour les artistes-interprètes hors Québec ne se matérialise pas, car les contrats accordent aux producteurs le droit exclusif d'utiliser leurs prestations à toutes fins.

Dans la province de Québec, les contrats d'enregistrement individuels sont aussi larges que ceux utilisés ailleurs au Canada. Cependant, dans cette province, les contrats individuels sont non exécutoires s'ils prévoient des modalités moins avantageuses que celles prévues dans les ententes collectives conclues en vertu de la *Loi sur le statut professionnel et les conditions d'engagement des artistes de la scène, du disque et du cinéma (LSA)*. La Commission a d'abord rejeté l'argument de l'ACR que la *LSA* est une loi invalide, concluant qu'il s'agissait d'une loi liée aux lois de travail dans les industries culturelles. Elle a ensuite examiné les ententes collectives entre l'Association québécoise de l'industrie du disque, du spectacle et de la vidéo (ADISQ), qui représente la plupart des producteurs des enregistrements sonores au Québec, et l'Union des Artistes (UdA) et la Guilde des Musiciens du Québec (Guilde), assumant que, règle générale, une entente n'accorde au producteur que ce dont il a besoin pour poursuivre l'objet de l'entente d'enregistrement, c'est-à-dire, l'exploitation commerciale de l'enregistrement sonore. La Commission a conclu que les contrats particuliers sujets à l'entente de l'UdA et signés avant l'année 2000 ne peuvent accorder de droits qu'à l'égard des supports matériels. Au-delà de ces supports, l'entente autorise un téléchargement vers le serveur d'une copie d'un phonogramme à un service de distribution de musique numérique (SDMN) et le téléchargement de cette copie à une station de radio, mais n'autorise pas de reproductions subséquentes utilisant la copie SDMN. En revanche, l'entente de la Guilde accorde aux artistes le droit d'autoriser les producteurs à utiliser la fixation de leur prestation « à toutes fins ». Les membres de l'UdA détiennent un droit d'auteur sur certaines copies numériques faites par les stations de radio, tandis que le droit d'auteur des membres de la Guilde ne se matérialise jamais.

L'utilisation des « œuvres » faite par les stations de radio implique-t-elle une reproduction protégée?

L'ACR a prétendu que certaines des activités de reproduction des diffuseurs ne sont pas protégées selon la *Loi*. Pour qu'une activité constitue une « reproduction » protégée par la *Loi*, elle doit impliquer une copie d'une œuvre protégée, la copie doit être une « partie importante » de l'œuvre et la copie résultante doit être sous une forme matérielle.

La Commission a distingué trois types d'utilisation : les téléchargements d'un SDMN, l'écoute des chansons à partir d'un site web SDMN et la diffusion simultanée. L'ACR affirmait que les diffuseurs ne sont pas responsables des copies SDMN pour deux raisons. D'abord, c'est le SDMN qui fait les copies. Ensuite, une forme matérielle de la copie n'existe qu'au moment où le fichier de musique est incorporé au système de lecture. La Commission a rejeté les deux arguments.

Dans le contexte des transmissions Internet, les mots tels que « transfert », « livraison », « téléchargement », « envoi » et « fichier » sont des métaphores. En soi, Internet sert non pas à transférer des fichiers, mais à transmettre des bits de données regroupés en paquets. Dans les faits, il est faux d'affirmer que les fichiers de musique téléchargés à partir du site Web d'un SDMN sont créés sur



Le 9 juillet 2010 – Tarif de la radio commerciale : SOCAN (2008-2010), Ré:Sonne (2008-2011), CSI (2008-2012), AVLA/SOPROQ (2008-2011), ArtistI (2009-2011)

Une station de radio canadienne diffusant de la musique enregistrée à partir d'un serveur doit tenir compte de six droits :

- Le droit exclusif sur une œuvre musicale de la communiquer au public par télécommunication, géré par la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (la SOCAN);
- Le droit exclusif sur une œuvre musicale de la reproduire, géré par l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux (CMRRA) et la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) agissant individuellement ou par CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) lorsque CMRRA et SODRAC agissent ensemble;
- Le droit exclusif sur un enregistrement sonore de le reproduire, géré par *AVLA Audio-Video Licensing Agency* (AVLA) et la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec (SOPROQ), conjointement AVLA/SOPROQ;
- Le droit exclusif sur une prestation de reproduire toute reproduction d'une fixation autorisée de cette prestation à des fins autres que celles visées par cette autorisation, géré par ArtistI, ACTRA/PRS ou AFM Canada;
- Les droits à rémunération de l'artiste-interprète et du producteur pour la communication au public par télécommunication de l'enregistrement sonore publié d'une œuvre musicale, gérés par Ré:Sonne Société de Gestion de la Musique (Ré:Sonne).

La SOCAN, Ré:Sonne, CSI, AVLA/SOPROQ et ArtistI ont déposé des projets de tarifs séparément pour les années 2008-2010, 2008-2011, 2008-2012, 2008-2011 et 2009-2011, respectivement. À la demande du seul opposant aux tarifs, l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR), la Commission les a considérés conjointement. ACTRA/PRS et AFM Canada, qui n'avaient pas déposé des projets, ont obtenu l'autorisation d'intervenir. Pour la première fois, la Commission a été appelée à se prononcer sur l'établissement de tarifs à l'égard de tous ces droits simultanément.

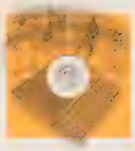
La Commission a examiné plusieurs questions de droit, y compris les suivantes.

Quelle est la nature du droit de reproduction de l'artiste-interprète prévu au sous-alinéa 15(1)*b*)(ii)?

Le paragraphe 15(1) de la *Loi* accorde aux artistes-interprètes un droit d'auteur à l'égard de leurs performances. Les droits qu'accorde l'alinéa 15(1)*b*) à un artiste-interprète prennent naissance seulement si la prestation est fixée, avec ou sans la permission de l'artiste-interprète. Quant à lui, le sous-alinéa 15(1)*b*)(ii) n'entre en jeu que si l'artiste-interprète a consenti à la fixation. Si l'artiste-interprète consent à certaines utilisations, mais non à d'autres, l'artiste-interprète retient le droit d'auteur à l'égard des reproductions autres que celles pour lesquelles le consentement a été donné. En revanche, dans la mesure où les artistes-interprètes autorisent certaines reproductions de la fixation de leur prestation, le droit de reproduction ne se matérialise pas.



Exécution publique de la musique



Arrière-plan

Le régime prévu aux articles 67 et suivants de la *Loi* s'applique à l'exécution publique ou la communication au public par télécommunication de la musique. La musique fait l'objet d'une exécution publique lorsqu'elle est chantée ou jouée dans un endroit public, soit dans une salle de concert, un restaurant, un stade de hockey, sur la place publique ou ailleurs. La musique est communiquée au public par télécommunication lorsqu'elle est transmise à la radio, à la télévision ou sur Internet. Les sociétés de gestion perçoivent auprès des utilisateurs les redevances prévues dans les tarifs homologués par la Commission.

Dépôts de projets de tarifs

Le 31 mars 2011, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) et Ré:Sonne, Société de Gestion de la Musique (Ré:Sonne) – anciennement la Société canadienne de gestion des droits voisins (SCGDV) – ont déposé leur projet de tarifs respectif pour l'année 2012; certains portent sur plusieurs années.

Audiences

Au cours de l'exercice financier, la Commission a tenu deux audiences :

- En avril et mai 2010, la Commission a examiné un tarif inédit de redevances à percevoir par Ré:Sonne pour l'utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques ou de danse (tarif 6). Ce tarif établit les redevances payables par les centres d'activité physique et les aires de danse pour leur utilisation de musique enregistrée.
- En juin 2010, la Commission a examiné conjointement le tarif de la SOCAN pour la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales et le tarif de CSI pour la reproduction d'œuvres musicales, tous deux à l'égard des services de musique en ligne.

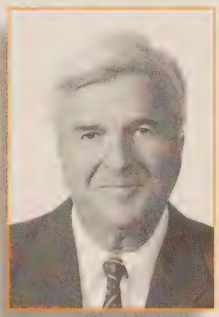
Décisions

Une décision a été rendue au cours de l'exercice financier, comme suit.

Commissaires



M^e^ Jacinthe Théberge a été nommée à temps plein en mai 2007 pour un mandat de cinq ans. Avant de se joindre à la Commission, M^e^ Théberge a pratiqué le droit au Centre communautaire juridique de l'Outaouais dans les domaines de droit civil et administratif. Elle a été membre à temps partiel du Tribunal canadien des droits de la personne de 1991 à 2003. Récemment, elle a travaillé en planification stratégique à titre de conseillère et d'analyste dans les secteurs des communications et des technologies de la santé. M^e^ Théberge est diplômée de l'Université de Montréal (LL.B. en 1972).



M^e^ J. Nelson Landry a été nommé en février 2010 comme commissaire à temps partiel pour cinq ans. Jusqu'à tout récemment, M^e^ Landry occupait le poste d'arbitre en propriété intellectuelle. De 2002 à 2005, il a travaillé à l'Institut canadien de la propriété intellectuelle où il donnait le cours de formation d'agent de brevets – Contrefaçon et validité. En 2003, il a enseigné à temps partiel à l'Université de Montréal et de 1969 à 2002. M^e^ Landry était associé principal au cabinet Ogilvy Renault. M^e^ Landry est licencié en droit civil de l'Université McGill depuis 1968 et membre du Barreau du Québec depuis 1969. Il est également diplômé de l'Université de Montréal où il a obtenu un baccalauréat ès sciences en 1965 et un baccalauréat ès arts en 1959.

Note : Des renseignements détaillés concernant les ressources de la Commission, y compris son budget des dépenses, figurent dans son Rapport sur les plans et priorités pour 2011-2012 (Partie III du Budget des dépenses) et dans son Rapport de rendement pour 2010-2011. Ces documents sont ou seront sous peu affichés sur le site Web de la Commission ***(www.cb-cda.gc.ca)****.*

Régie interne de la Commission

Les commissaires sont nommés par le gouverneur en conseil à titre inamovible pour un mandat d'au plus cinq ans, renouvelable une seule fois.

La *Loi* précise que le président doit être un juge, en fonction ou à la retraite, d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou d'une cour de district. Celui-ci dirige les travaux de la Commission et répartit les tâches entre les commissaires.

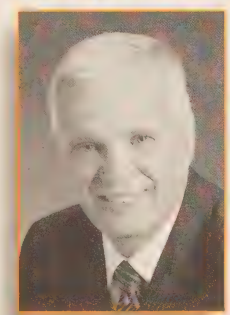
La *Loi* désigne le vice-président comme le premier dirigeant de la Commission. À ce titre, il assure la direction de la Commission et contrôle la gestion de son personnel.

Président

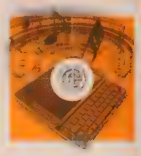


L'honorable William J. Vancise, juge de la Cour d'appel de la Saskatchewan, a été nommé président de la Commission à temps partiel en mai 2004. Son mandat a été reconduit en 2009 pour cinq ans. M. le juge Vancise est entré en fonction à la Cour du Banc de la Reine en 1982 puis en novembre 1983, à la Cour d'appel de la Saskatchewan, où il siège toujours. En 1996, il a été nommé juge de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest. Bachelier en droit de l'Université de la Saskatchewan en 1960, M. le juge Vancise a été admis au Barreau de la Saskatchewan en 1961. D'abord associé chez Balfour and Balfour en 1961, il a été nommé partenaire chez Balfour, McLeod, McDonald, Laschuk and Kyle en 1963, cabinet dont il est devenu l'associé directeur en 1972. M. le juge Vancise a reçu le titre de conseil de la Reine en 1979.

Vice-président et premier dirigeant



M^e^ Claude Majeau a été nommé Vice-président et premier dirigeant à temps plein en août 2009 pour un mandat de cinq ans. Avant sa nomination, il occupait le poste de Secrétaire général de la Commission du droit d'auteur depuis 1993. Avant de se joindre à la Commission, M^e^ Majeau a travaillé au ministère des Communications du Canada de 1987 à 1993 à titre de directeur (Communications et Culture) pour la région du Québec. De 1984 à 1987, il a été chef de cabinet du Sous-ministre du même ministère. Avant 1987, M^e^ Majeau a occupé divers postes ayant trait aux industries culturelles et des communications et à la politique publique. M^e^ Majeau a obtenu un baccalauréat en droit (LL.B.) de l'Université du Québec à Montréal en 1977. Il est également membre du Barreau du Québec depuis 1979.



Règle générale, la Commission tient des audiences. Elle peut aussi procéder par écrit pour éviter à un petit utilisateur les dépenses additionnelles qu'entraînerait la tenue d'audiences. On dispose aussi, sans audience, de certaines questions préliminaires ou intérimaires. Jusqu'à maintenant, la Commission n'a pas tenu d'audiences pour traiter d'une demande de licence d'utilisation d'une œuvre dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable. La Commission tient à ce que le processus d'examen de ces demandes reste simple. L'information pertinente est obtenue par écrit ou au moyen d'appels téléphoniques.

Le processus d'examen est toujours le même. La société de gestion intéressée doit déposer un projet de tarif que la Commission fait paraître dans la *Gazette du Canada*. Un tarif prend toujours effet un premier janvier. Au plus tard le 31 mars précédent, la société de gestion intéressée doit déposer un projet de tarif. Les utilisateurs visés par le projet (ou dans le cas de la copie privée, toute personne intéressée) ou leurs représentants peuvent s'opposer au projet dans les soixante jours de sa parution. La société de gestion et les opposants ont l'occasion de présenter leurs arguments lors d'une audience devant la Commission. Après délibérations, la Commission homologue le tarif, le fait paraître dans la *Gazette du Canada* et fait connaître par écrit les motifs de sa décision.

Les principes et contraintes qui influencent les décisions de la Commission

Plusieurs balises viennent encadrer le pouvoir d'appréciation de la Commission. La source de ces contraintes peut être externe : loi, règlements et décisions judiciaires. D'autres lignes de conduite sont établies par la Commission elle-même, dans ses décisions.

Les décisions de justice ont pour une large part défini le cadre juridique à l'intérieur duquel la Commission exerce son mandat. Pour la plupart, ces décisions portent sur des questions de procédure ou appliquent les principes généraux du droit administratif aux circonstances particulières de la Commission. Cela dit, les tribunaux judiciaires ont aussi établi plusieurs principes de fond auxquels la Commission est soumise.

La Commission dispose aussi d'une mesure importante d'appréciation, particulièrement lorsqu'il s'agit de questions de fait ou d'opportunité. Dans ses décisions, la Commission a elle-même mis de l'avant certains principes directeurs. Ils ne lient pas la Commission. On peut les remettre en question à n'importe quel moment, et le fait pour la Commission de se considérer liée par ceux-ci constituerait une contrainte illégale de sa discrétion. Ces principes servent quand même de guide tant pour la Commission que pour ceux qui comparaissent devant elle. Sans eux, on ne saurait aspirer au minimum de cohérence essentiel à tout processus décisionnel.

Parmi les principes que la Commission a ainsi établis, certains des plus constants sont : la cohérence interne des tarifs pour l'exécution publique de la musique, les aspects pratiques, la facilité d'administration afin d'éviter d'avoir recours à des structures tarifaires dont la gestion serait complexe, la recherche de pratiques non discriminatoires, l'usage relatif d'œuvres protégées, la prise en compte de la situation canadienne, la stabilité dans l'établissement de structures tarifaires afin d'éviter de causer un préjudice, ainsi que les comparaisons avec des marchés de substitution et avec des marchés étrangers.



Contexte opérationnel

Historique

C'est en 1925 que la première société canadienne de gestion du droit d'exécution publique, la *Canadian Performing Rights Society* (CPRS), une filiale de la PRS anglaise, a été mise sur pied. En 1931, la *Loi sur le droit d'auteur* était modifiée à plusieurs égards. L'obligation d'enregistrer toutes les cessions de droits était abolie. En lieu et place, obligation était faite à la CPRS de produire une liste des titres de toutes les œuvres faisant partie de son répertoire et de déposer des tarifs auprès du ministre. Ce dernier pouvait mettre en branle un processus d'examen des activités de la CPRS s'il était d'avis que le comportement de la société allait à l'encontre de l'intérêt public. Après une telle enquête, le gouvernement avait le pouvoir d'établir les droits que la société pourrait percevoir.

Deux enquêtes ont été tenues, en 1932 et en 1935. La seconde a recommandé la mise sur pied d'un organisme chargé d'examiner les tarifs pour l'exécution publique de la musique sur une base continue et avant qu'ils entrent en vigueur. En 1936, une modification à la *Loi* a créé la Commission d'appel du droit d'auteur.

La Commission du droit d'auteur du Canada a pris en charge les compétences de la Commission d'appel du droit d'auteur le 1er février 1989. Sous réserve de modifications mineures, on a reconduit le régime régissant l'exécution publique de la musique. La nouvelle Commission s'est vue attribuer deux autres domaines de compétence : la gestion collective de droits autres que le droit d'exécution d'œuvres musicales et l'octroi de licences pour l'utilisation d'œuvres publiées dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable. Plus tard la même année, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis* confiait à la Commission la tâche d'établir le montant des redevances à verser pour le nouveau régime de licence obligatoire visant les œuvres retransmises sur des signaux éloignés de radio et de télévision, ainsi que celle de répartir ces redevances.

Le projet de loi C-32 (*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*), dont la sanction royale a été donnée le 25 avril 1997, a fait en sorte que la Commission est également responsable de l'établissement de tarifs pour l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, au bénéfice des artistes-interprètes et des producteurs de ces enregistrements (« les droits voisins »), de l'établissement de tarifs pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées, au bénéfice des titulaires de droits sur les œuvres, les prestations enregistrées et les enregistrements sonores (« le régime de la copie privée ») et de l'établissement de tarifs pour l'enregistrement (*off-air taping*) et l'utilisation d'émissions de radio et de télévision à des fins pédagogiques (« les droits éducatifs »).

Les pouvoirs généraux de la Commission

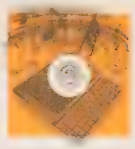
La compétence de la Commission porte sur des aspects de fond et de procédure. Certains pouvoirs lui sont attribués dans la *Loi*, de façon expresse; d'autres lui sont reconnus implicitement par la jurisprudence.

- examiner, à la demande du Commissaire de la concurrence nommé au titre de la *Loi sur la concurrence*, les ententes conclues entre une société de gestion et un utilisateur et déposées auprès de la Commission, lorsque le Commissaire estime que l'entente est contraire à l'intérêt public [articles 70.5 et 70.6];
- fixer l'indemnité à verser, dans certaines circonstances, à l'égard d'actes protégés à la suite de l'adhésion d'un pays à la Convention de Berne, à la Convention universelle ou à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, mais qui ne l'étaient pas au moment où ils ont été accomplis [article 78].

Par ailleurs, le ministre de l'Industrie peut enjoindre à la Commission d'entreprendre toute étude touchant ses attributions [article 66.8].

Enfin, toute partie à une entente visant l'octroi d'une licence par une société de gestion peut déposer l'entente auprès de la Commission dans les 15 jours de sa conclusion, échappant ainsi à certaines dispositions de la *Loi sur la concurrence* [article 70.5].

Mandat de la Commission



Créée le 1er février 1989, la Commission du droit d'auteur du Canada a succédé à la Commission d'appel du droit d'auteur. La Commission est un organisme de réglementation économique investi du pouvoir d'établir, soit de façon obligatoire, soit à la demande d'un intéressé, les redevances à être versées pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, lorsque la gestion de ce droit est confiée à une société de gestion collective. Par ailleurs, la Commission exerce un pouvoir de surveillance des ententes intervenues entre utilisateurs et sociétés de gestion, délivre elle-même certaines licences lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable, et peut établir l'indemnité à verser par un titulaire de droits à un utilisateur lorsque l'entrée en vigueur d'un nouveau droit risque de porter préjudice à ce dernier.

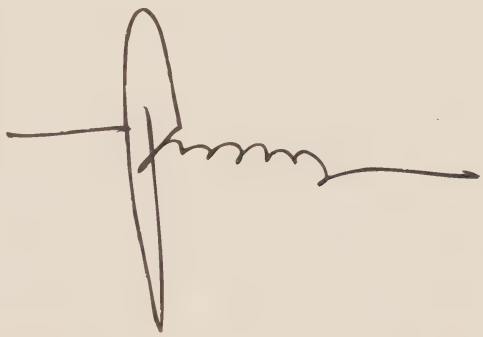
La *Loi sur le droit d'auteur* (la « *Loi* ») exige que la Commission homologue des tarifs dans les domaines suivants : l'exécution ou la communication publique d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, la reproduction d'émissions de radio et de télévision par les établissements d'enseignement et la copie privée. Dans les autres domaines où les droits sont gérés collectivement, la Commission peut, à la demande d'une société de gestion collective, homologuer un tarif. Sinon, la Commission peut agir à titre d'arbitre entre la société et l'utilisateur, si ceux-ci ne peuvent s'entendre sur les modalités d'une licence.

Voici les responsabilités spécifiques qui sont confiées à la Commission en vertu de la *Loi* :

- homologuer les tarifs pour l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores [articles 67 à 69];
- homologuer les tarifs, à l'option des sociétés de gestion visées à l'article 70.1, pour l'accomplissement de tout acte protégé mentionné aux articles 3, 15, 18 et 21 de la *Loi* [articles 70.1 à 70.191];
- fixer les redevances payables par un utilisateur à une société de gestion, s'il y a mésentente sur les redevances ou sur les modalités afférentes [articles 70.2 à 70.4];
- homologuer les tarifs pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, ou pour la reproduction et l'exécution publique par des établissements d'enseignement, à des fins pédagogiques, d'émissions ou de commentaires d'actualité et toute autre émission de télévision et de radio [articles 71 à 76];
- fixer les redevances pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées [articles 79 à 88];
- se prononcer sur des demandes de licences non exclusives pour utiliser une œuvre publiée, la fixation d'une prestation, un enregistrement sonore publié ou la fixation d'un signal de communication dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable [article 77];

Enfin, en ma qualité de président de la Commission du droit d'auteur, j'ai été invité à prendre la parole dans le cadre des cours d'été en propriété intellectuelle offerts par l'Institut de la propriété intellectuelle et l'Université McGill le 10 août 2010. J'ai profité de cette occasion pour discuter de l'impact, s'il en est, qu'ont les instances révisionnelles, en l'occurrence la Cour d'appel fédérale, sur les décisions de la Commission du droit d'auteur. J'ai également soulevé la question de savoir si les décisions de la Cour ont un impact sur l'efficacité de la Commission. Ce discours est disponible en anglais sur le site Web de la Commission.

En conclusion, je tiens à remercier mes collègues, ainsi que le personnel de la Commission pour leur appui et leur collaboration au cours de cette année très chargée. La Commission a le privilège de pouvoir compter sur des employés dévoués et compétents et, grâce à eux, la notion de service public prend tout son sens. Leur expertise et leur éthique de travail permettent à la Commission de bien mener ses travaux.



L'honorable juge William J. Vancise

Message du président

Il s'agit du sixième rapport annuel pour lequel j'ai l'occasion de décrire les activités de la Commission lors de la dernière année financière.

En 2010-2011, la Commission a tenu quatre audiences. En avril et mai 2010, la Commission a examiné un tarif inédit de redevances à percevoir par Ré:Sonne, Société de Gestion de la Musique (Ré:Sonne, anciennement SCGDV), pour l'utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques ou de danse (tarif 6). En juin 2010, la Commission a instruit deux demandes d'arbitrage, à savoir la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) c. SRC et la SODRAC c. Groupe Astral, fusionnées en une seule procédure. Immédiatement après, la Commission a examiné le tarif de la SODRAC pour la reproduction d'œuvres musicales incorporées à des œuvres cinématographiques (tarif 5). L'examen de ce tarif a également été partiellement fusionné avec les deux demandes d'arbitrage. Enfin, en juin 2010, la Commission a examiné conjointement les tarifs de la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) et de la CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) pour les services de musique en ligne.

La Commission a rendu cinq décisions durant l'année financière. L'une d'elles portait sur l'exécution publique d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores ainsi que sur la reproduction d'œuvres musicales, d'enregistrements sonores et de prestations d'artistes-interprètes par les stations de radio commerciales. Au total, la Commission a homologué cinq tarifs visant la SOCAN, Ré:Sonne, CSI, l'Agence pour les licences de production audiovisuelle (AVLA) et la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec (SOPROQ) (conjointement AVLA/SOPROQ) et ArtistI pour diverses années de la période 2008 à 2012. C'était la première fois qu'un si grand nombre de sociétés de gestion étaient entendues conjointement relativement à des tarifs pour l'utilisation de musique par les stations de radio commerciales.

La Commission a également établi un tarif provisoire des redevances à percevoir par Access Copyright pour la reproduction par reprographie par des établissements d'enseignement post-secondaires pour les années 2011 à 2013. De plus, elle a rendu deux décisions portant sur la copie privée, homologuant le tarif des redevances pour la copie privée pour 2010 et pour 2011. Enfin, la Commission a rendu une décision par laquelle elle a rejeté une demande du Ministère de l'Éducation, du Loisir et du Sport du Québec (MELS) pour l'utilisation de la trame sonore de l'enregistrement vidéo d'un discours prononcé par Severn Cullis-Suzuki. Chacune des décisions susmentionnées est expliquée plus en détail dans le présent rapport.

Au cours du dernier exercice financier, huit licences ont également été délivrées en vertu des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* pour l'utilisation d'œuvres publiées pour lesquelles les titulaires de droits d'auteur étaient introuvables.

Commissaires et personnel de la Commission



au 31 mars 2011

Président :	L'honorable juge William J. Vancise
Vice-président et premier dirigeant :	M[e] Claude Majeau
Commissaires :	M[e] Jacinthe Théberge M[e] J. Nelson Landry
Secrétaire général :	Gilles McDougall
Avocat général :	M[e] Mario Bouchard
Avocate-conseil :	M[e] Valérie Demers
Analystes économiques :	Elizabeth Robert Raphaël Solomon
Greffière principale :	M[e] Josée Potvin
Greffière adjointe :	Nadia Campanella
Agents au greffe :	Sid J. Bateman Tina Lusignan
Gestionnaire, Services ministériels :	Ivy Lai
Adjointe aux finances et à l'administration :	Joanne Touchette
Agent au soutien technique :	Michel Gauthier

Table des matières



MESSAGE DU PRÉSIDENT 5

MANDAT DE LA COMMISSION 7

CONTEXTE OPÉRATIONNEL 9

RÉGIE INTERNE DE LA COMMISSION 11

EXÉCUTION PUBLIQUE DE LA MUSIQUE 13

RÉGIME GÉNÉRAL 19

PROCÉDURES D'ARBITRAGE 23

RETRANSMISSION DE SIGNAUX ÉLOIGNÉS 24

COPIE POUR USAGE PRIVÉ 25

TITULAIRES DE DROITS D'AUTEUR INTROUVABLES 29

INSTANCES JUDICIAIRES 31

ENTENTES DÉPOSÉES AUPRÈS DE LA COMMISSION 44

Copyright Board
Canada

CANADA

Commission du droit d'auteur
Canada

L'honorable Christian Paradis, c.p., député
Ministre de l'Industrie et ministre d'État (Agriculture)
Ottawa (Ontario)
K1A 0A6

Monsieur le Ministre,

J'ai l'honneur de vous transmettre pour dépôt au Parlement, conformément à l'article 66.9 de la *Loi sur le droit d'auteur*, le vingt-troisième rapport annuel de la Commission du droit d'auteur du Canada pour l'exercice financier se terminant le 31 mars 2011.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de ma très haute considération.

Le Vice-président
et premier dirigeant,

Claude Majeau

56, rue Sparks, Bureau 800, Ottawa (Ontario) K1A 0C9
Téléphone : (613) 952-8621 Télécopieur : (613) 952-8630
Site Web : **www.cda-cb.gc.ca**

Commission du droit d'auteur du Canada



Rapport annuel • 2010-2011

Government
Publications

CA1
RG 60
A56.

Copyright Board of Canada



Annual Report • 2011-12

Copyright Board
Canada

CANADA

Commission du droit d'auteur
Canada

The Honourable Christian Paradis, P.C., M.P.
Minister of Industry and Minister of State (Agriculture)
Ottawa, Ontario
K1A 0A6

Dear Mr. Minister:

I have the honour of transmitting to you for tabling in Parliament, pursuant to section 66.9 of the *Copyright Act*, the twenty-fourth Annual Report of the Copyright Board of Canada for the financial year ending March 31, 2012.

Yours sincerely,

Claude Majeau

Claude Majeau
Vice-Chairman and
Chief Executive Officer

56 Sparks Street, Suite 800, Ottawa, Ontario K1A 0C9
Telephone: (613) 952-8621 Fax: (613) 952-8630
Web Site: **www.cb-cda.gc.ca**

Table of Contents



CHAIRMAN'S MESSAGE 5

MANDATE OF THE BOARD 6

OPERATING ENVIRONMENT 7

ORGANIZATION OF THE BOARD 9

PUBLIC PERFORMANCE OF MUSIC 11

GENERAL REGIME 18

ARBITRATION PROCEEDINGS 27

EDUCATIONAL RIGHTS 29

RETRANSMISSION OF DISTANT SIGNALS 31

PRIVATE COPYING 32

UNLOCATABLE COPYRIGHT OWNERS 33

COURT PROCEEDINGS 34

AGREEMENTS FILED WITH THE BOARD 36

Board Members and Staff



as of March 31, 2012

Chairman:	The Honourable Justice William J. Vancise
Vice-Chairman and Chief Executive Officer:	Claude Majeau
Members:	Jacinthe Théberge J. Nelson Landry
Secretary General:	Gilles McDougall
General Counsel:	Mario Bouchard
Legal Counsel:	Valérie Demers
Director, Research and Analysis:	Raphael Solomon
Economic Analyst:	Elizabeth Robert
Assistant Clerks:	Nadia Campanella Maryse Choquette Roch Levac
Registry Officers:	Sid J. Bateman Tina Lusignan
Manager, Corporate Services:	Ivy Lai
Financial and Administrative Assistant:	Joanne Touchette
Technical Support Officer:	Michel Gauthier

Copyright Board of Canada

Chairman's Message

This is the seventh annual report in which I have had the opportunity to describe the Board's activities during the past fiscal year.

In 2011-12, the Board held a single hearing, relating to the Crown immunity claims asserted by some of the users of Access Copyright's Provincial and Territorial Governments Tariff. This hearing took place on September 27, 2011.

The Board issued three final decisions during the fiscal year. The first one dealt with the right to reproduce and perform works by educational institutions; the second dealt with the right to play sound recordings to accompany dance; and the third dealt with musical works and sound recordings as broadcast by CBC's conventional radio.

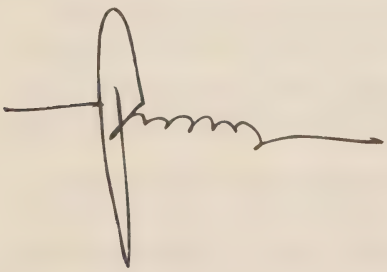
In addition, the Board issued nine interlocutory decisions, either interim, on applications to vary, or on a preliminary issue. These decisions related to an arbitration between SODRAC and ARTV, an interim tariff for private copying, an interim tariff for some Internet uses (SOCAN Tariffs 22.D on audiovisual webcasts and 22.G on audiovisual user-generated content), an application to vary Re:Sound's dance tariff, the Crown Immunity application mentioned above, and three applications to vary as well as an interim tariff in respect of the Access Copyright Post-Secondary Institutions Tariff.

All of these decisions are described in greater detail in this report.

In the last fiscal year, seven licenses were also issued under the provisions of the *Copyright Act* which permit the use of published works for which the copyright owners cannot be located.

I was invited to represent the Board in a panel session entitled *Views from the Judiciary*, at the 19th Annual Conference on Intellectual Property Law & Policy at Fordham University.

In conclusion, I wish to thank my colleagues as well as the Board's staff for their support and assistance during this very busy year. The Board is fortunate to have qualified and dedicated employees who truly bring meaning to the concept of public service. Their expertise and work ethic make the work of the Board possible.



The Honourable Justice William J. Vancise

Mandate of the Board



The Copyright Board of Canada was established on February 1, 1989, as the successor of the Copyright Appeal Board. The Board is an economic regulatory body empowered to establish, either mandatorily or at the request of an interested party, the royalties to be paid for the use of copyrighted works, when the administration of such copyright is entrusted to a collective-administration society. Moreover, the Board has the right to supervise agreements between users and licensing bodies, issue licenses when the copyright owner cannot be located and may determine the compensation to be paid by a copyright owner to a user when there is a risk that the coming into force of a new copyright might adversely affect the latter.

The *Copyright Act* (the "*Act*") requires that the Board certify tariffs in the following fields: the public performance or communication of musical works and of sound recordings of musical works, the retransmission of distant television and radio signals, the reproduction of television and radio programs by educational institutions, and private copying. In other fields where rights are administered collectively, the Board can be asked by a collective society to set a tariff; if not, the Board can act as an arbitrator if the collective society and a user cannot agree on the terms and conditions of a license.

The responsibilities of the Copyright Board under the *Act* are to:

- certify tariffs for
  - the public performance or the communication to the public by telecommunication of musical works and sound recordings;
  - the doing of any protected act mentioned in sections 3, 15, 18 and 21 of the *Act*; and,
  - the retransmission of distant television and radio signals or the reproduction and public performance by educational institutions, of radio or television news or news commentary programs and all other programs, for educational or training purposes;
- set levies for the private copying of recorded musical works;
- set royalties payable by a user to a collective society, when there is disagreement on the royalties or on the related terms and conditions;
- rule on applications for non-exclusive licences to use published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, when the copyright owner cannot be located;
- examine agreements made between a collective society and a user which have been filed with the Board by either party, where the Commissioner of Competition considers that the agreement is contrary to the public interest;
- receive such agreements with collective societies that are filed with it by any party to those agreements within 15 days of their conclusion; and,
- set compensation for formerly unprotected acts in countries that later join the Berne Convention, the Universal Convention or the Agreement establishing the World Trade Organization.

Finally, the Minister of Industry can direct the Board to conduct studies with respect to the exercise of its powers.

Operating Environment



Historical Overview

Copyright collective societies were introduced to Canada in 1925 when PRS England set up a subsidiary called the Canadian Performing Rights Society (CPRS). In 1931, the *Copyright Act* was amended in several respects. The need to register copyright assignments was abolished. Instead, CPRS had to deposit a list of all works comprising its repertoire and file tariffs with the Minister. If the Minister thought the society was acting against the public interest, he could trigger an inquiry into the activities of CPRS. Following such an inquiry, Cabinet was authorized to set the fees the society would charge.

Inquiries were held in 1932 and 1935. The second inquiry recommended the establishment of a tribunal to review, on a continuing basis and before they were effective, public performance tariffs. In 1936, the *Act* was amended to set up the Copyright Appeal Board.

On February 1, 1989, the Copyright Board of Canada took over from the Copyright Appeal Board. The regime for public performance of music was continued, with a few minor modifications. The new Board also assumed jurisdiction in two new areas: the collective administration of rights other than the performing rights of musical works and the licensing of uses of published works whose owners cannot be located. Later the same year, the *Canada-US Free Trade Implementation Act* vested the Board with the power to set and apportion royalties for the newly created compulsory licensing scheme for works retransmitted on distant radio and television signals.

Bill C-32 (An Act to amend the *Copyright Act*) which received Royal Assent on April 25, 1997, modified the mandate of the Board by adding the responsibilities for the adoption of tariffs for the public performance and communication to the public by telecommunication of sound recordings of musical works, for the benefit of the performers of these works and of the makers of the sound recordings ("the neighbouring rights"), for the adoption of tariffs for private copying of recorded musical works, for the benefit of the rights owners in the works, the recorded performances and the sound recordings ("the home-taping regime") and for the adoption of tariffs for off-air taping and use of radio and television programs for educational or training purposes ("the educational rights").

General Powers of the Board

The Board has powers of a substantive and procedural nature. Some powers are granted to the Board expressly in the *Act* and some are implicitly recognized by the courts.

As a rule, the Board holds hearings. No hearing will be held if proceeding in writing accommodates a small user that would otherwise incur large costs. The hearing may be dispensed with on certain preliminary or interim issues. No hearings have been held to date for a request to use a work whose owner cannot be located. Information is obtained either in writing or through telephone calls.



The examination process is always the same. Tariffs come into effect on January 1. On or before the preceding 31st of March, the collective society must file a statement of proposed royalties which the Board then publishes in the *Canada Gazette*. Users (or, in the case of private copying, any interested person) or their representatives may object to the statement within 60 days. The collective society and the objectors present oral and written arguments. After deliberations, the Board certifies the tariff, publishes it in the *Canada Gazette*, and provides written reasons for its decision.

Guidelines and Principles Influencing the Board's Decisions

The decisions the Board makes are constrained in several respects. These constraints come from sources external to the Board: the law, regulations and judicial pronouncements. Others are self-imposed, in the form of guiding principles that can be found in the Board's decisions.

Court decisions also provide a large part of the framework within which the Board operates. Most decisions focus on issues of procedure, or apply the general principles of administrative decision-making to the specific circumstances of the Board. However, the courts have also set out several substantive principles for the Board to follow or that determine the ambit of the Board's mandate or discretion.

The Board also enjoys a fair amount of discretion, especially in areas of fact or policy. In making decisions, the Board itself has used various principles or concepts. Strictly speaking, these principles are not binding on the Board. They can be challenged by anyone at anytime. Indeed, the Board would illegally fetter its discretion if it considered itself bound by its previous decisions. However, these principles do offer guidance to both the Board and those who appear before it. In fact, they are essential to ensuring a desirable amount of consistency in decision-making.

Among those factors, the following seem to be the most prevalent: the coherence between the various elements of the public performance of music tariffs, the practicality aspects such as the ease of administration to avoid tariff structures that make it difficult to administer the tariff in a given market, the search for non-discriminatory practices, the relative use of protected works, the taking into account of Canadian circumstances, the stability in the setting of tariffs that minimizes disruption to users, as well as the comparisons with "proxy" markets and comparisons with similar prices in foreign markets.



Copyright Board of Canada

Organization of the Board

Board members are appointed by the Governor in Council to hold office during good behaviour for a term not exceeding five years. They may be reappointed once.

The *Act* states that the Chairman must be a judge, either sitting or retired, of a superior, county or district court. The Chairman directs the work of the Board and apportions its caseload among the members.

The *Act* also designates the Vice-Chairman as Chief Executive Officer of the Board, exercising direction over the Board and supervision of its staff.

Chairman



The Honourable William J. Vancise, a justice of the Court of Appeal for Saskatchewan, was appointed part-time Chairman of the Board in May 2004 and reappointed in 2009 for a five-year term. Mr. Justice Vancise was appointed to the Court of Queen's Bench in 1982 and to the Court of Appeal for Saskatchewan in November 1983 where he continues to serve. In 1996, he was appointed Deputy Judge of the Supreme Court of the Northwest Territories. Mr. Justice Vancise earned an LL.B. from the University of Saskatchewan in 1960 and was called to the Saskatchewan Bar in 1961. He joined Balfour and Balfour as an associate in 1961 and in 1963 he was named a partner at Balfour, McLeod, McDonald, Laschuk and Kyle, where he became the managing partner in 1972. Mr. Justice Vancise received his Queen's Counsel designation in 1979.

Vice-Chairman & Chief Executive Officer



Claude Majeau was appointed as full-time Vice-Chairman and Chief Executive Officer in August 2009 for a five-year term. Since 1993, he occupied the position of Secretary General of the Copyright Board. Before joining the Board, Mr. Majeau worked for the Department of Communications of Canada from 1987 to 1993 as Director (Communications and Culture) for the Quebec Region. From 1984 to 1987, he was Chief of Staff to the Deputy Minister of the same department. Before 1987, he occupied various positions dealing with communications and cultural industries and public policy. Mr. Majeau earned an LL.B. from the Université du Québec à Montréal in 1977 and has been a member of the Barreau du Québec since 1979.

Members



Ms. Jacinthe Théberge is a full-time member appointed in May 2007 for a five-year term. Prior to her appointment, Ms. Théberge was practicing law with the Community Legal Centre of the Outaouais Region in the fields of civil and administrative matters. From 1991 to 2003, Ms. Théberge served as a part-time member of the Canadian Human Rights Tribunal. Recently, she worked in strategic planning as an advisor and analyst in the communications and health technologies sectors. Ms. Théberge is a graduate of the Université de Montréal (LL.B. in 1972).



J. Nelson Landry was appointed in February 2010 as a part-time member for five years. Most recently, Mr. Landry served as an arbitrator in intellectual property. From 2002 to 2005, he was an instructor of the Patent Agent Training Course – Infringement and Validity at the Intellectual Property Institute of Canada. In 2003, he taught part-time at the Université de Montréal and from 1969 to 2002, Mr. Landry was a senior partner at Ogilvy Renault. Mr. Landry obtained a BA in 1959 and a BSc in 1965 from the Université de Montréal. He also graduated with a B.C.L. from McGill University in 1968 and was called to the Québec Bar in 1969.

*Note: Detailed information on the Board's resources, including financial statements, can be found in its Report on Plans and Priorities for 2012-13 (Part III of the Estimates) and the Performance Report for 2011-12. These documents are or will soon be available on the Board's Web site (**www.cb-cda.gc.ca**).*

Copyright Board of Canada

Public Performance of Music



Background

The provisions under sections 67 onwards of the *Act* apply to the public performance of music or the communication of music to the public by telecommunication. Public performance of music means any musical work that is sung or performed in public, whether it be in a concert hall, a restaurant, a hockey stadium, a public plaza or other venue. Communication of music to the public by telecommunication means any transmission by radio, television or the Internet. Collective societies collect royalties from users based on the tariffs approved by the Board.

Filing of Tariff Proposals

On March 30, 2012, the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) and the Re:Sound Music Licensing Company (Re:Sound) filed their respective statement of proposed royalties to be collected in 2013; some tariffs cover more than one year. The proposed tariffs filed by Re:Sound include new tariffs for sports, comedy and magic shows, concerts and adult entertainment.

Hearings

During the fiscal year, the Board did not hold any hearings.

Decisions

Four decisions were rendered during the fiscal year, as follows:

July 8, 2011 – SOCAN-Re:Sound CBC Radio Tariff, 2006-2011

In December 2009, the Board held hearings to determine the SOCAN and Re:Sound royalties to be paid by the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) for the years 2006 to 2011. The Board considered whether royalties paid by CBC should be linked to those paid by commercial radio stations. The Board ruled that they should not. Since none of the parties presented a coherent formula for determining the tariffs, the Board proposed its own formula and certified the resulting tariffs.

SOCAN sought royalties of $3,254,561 for 2006, $3,736,542 for 2007 and $4,027,525 for each year from 2008 to 2010 (2011 was added after the hearings). This was a significant increase over the $1,486,836 certified for 2005. SOCAN requested that the 1991 tariff formula be reinstated, thereby basing the CBC tariff on three elements: royalties commercial radio stations pay to SOCAN; CBC radio's use of the SOCAN repertoire as compared to commercial radio; and CBC radio's audience share as compared to commercial radio. The high rates proposed by SOCAN reflected proportional increases in music use and audience share.



Re:Sound requested that the Board continue to set its royalties as a proportion of SOCAN's; all parties agreed that this approach was acceptable.

In support of their submissions, the collectives presented evidence on the evolution of the use of music on CBC radio, including evidence on the use of their respective repertoire. Both collectives raised concerns about the reliability of CBC radio logs.

CBC submitted that its SOCAN royalties should be calculated as a percentage of its radio operating expenses. It opposed the use of the 1991 tariff formula by arguing that it is unfair to tie royalty obligations to the income of a third party, particularly one with a very different mandate and business model. CBC presented four witnesses who submitted that there are key differences between commercial broadcasters and CBC radio. CBC additionally submitted that simulcasting of its over-the-air signals should be included in the main tariff.

The Board rejected the use of the 1991 formula. It concluded that most of the assumptions that underpin that formula have become either questionable or simply wrong. The formula used earnings from commercial radio to determine how much CBC should pay; however, the disconnect between commercial radio and CBC radio was deemed too great to permit using the 1991 formula in 2011. The Board acknowledged the unique nature of CBC and recognized that any analogy to commercial radio should take this into account.

The Board rejected CBC's proposal to calculate the radio tariff as a percentage of its radio operating expenses. Not only would such an approach make it impossible to reflect audience share and music use in the tariff, it would base the tariff on CBC's expenses rather than on the value of music.

The Board concluded that the tariff formulas proposed by each of the parties were unacceptable. The Board used the 1991 SOCAN amount as a starting point, because, while it had rejected the 1991 formula, it found no evidence that the application of the formula in 1991 yielded an unfair result.

The Board adjusted the amount for music use, audience, and inflation. First, it used data provided by the collectives to calculate how much music CBC radio used in 1991 and in 2008. The Board compared the number of "music impressions" for the two years, defined as the product of broadcast hours (i.e. the number of minutes of music used by CBC) and tuning hours, to determine the appropriate royalty for 2008. Royalties for other years were calculated through interpolation or extrapolation.

Second, the Board deemed that CBC radio tariffs should grow with inflation. It decided that the CPI is the best measure of inflation to preserve purchasing power and applied the CPI from January 1991 to December 2008, without further adjustment. In previous years, it had applied the CPI less one per cent in order to ensure equitable treatment of both music users and copyright owners, and also to prevent the tariff from contributing to inflation rates within a given sector of the economy. These considerations were no longer sufficiently relevant to justify reducing the CPI by one per cent.





Next, the Board used the SOCAN tariff to determine the Re:Sound tariff. By analogy to its earlier 1993 decision in Retransmission, the Board created the concept of musical impressions, which count the number of hours listeners hear protected music on CBC radio. Music impressions account for all variations in amount of music listened to on CBC, regardless of their cause; they can also account for shifting music to "music stations". Most importantly, as a measure, music impressions sidestep the question of how to weight the four stations of CBC conventional radio in any calculations.

The Board concluded that the ratio of musical impressions of Re:Sound's repertoire relative to SOCAN's repertoire is 77.32 per cent. It adjusted the Re:Sound tariff accordingly.

Finally, the Board adjusted the royalties to account for simulcasting. It agreed with CBC that simulcasting should be included in the main tariff, but noted that the record on which to base the simulcasting tariff is very thin. It therefore chose not to set simulcasting royalties as a function of simulcasting income for the time being. Instead, the Board calculated that, on average, simulcasting listeners made up the equivalent of 1.22 per cent of conventional listeners. Both SOCAN and Re:Sound royalties were increased accordingly.

Monthly CBC tariffs, after all adjustments were made, were set at $136,506.30 for SOCAN and $105,544.53 for Re:Sound in 2008. Retroactive rates were subject to interest. The Board held that the practice of using interest factors on retroactive tariffs should be generalized. The following table sets out the schedule of payments for CBC.

SOCAN and Re:Sound Royalties

Year	SOCAN Royalties	Re:Sound Royalties	Total Royalties
2006	$1,587,776.75	$1,223,510.57	$2,811,287.32
2007	$1,605,401.08	$1,237,091.54	$2,842,492.61
2008	$1,643,609.62	$1,266,534.31	$2,910,143.93
2009	$1,669,743.01	$1,286,672.21	$2,956,415.22
2010	$1,704,640.64	$1,313,563.66	$3,018,204.30
2011	$1,738,733.46	$1,339,834.93	$3,078,568.39



July 15, 2011 – Re:Sound Tariff 6.A (Use of Recorded Music to Accompany Dance, 2008-2012)

On March 30, 2007, Re:Sound filed its inaugural tariff proposal for the performance in public or the communication to the public by telecommunication of published sound recordings to accompany dance and fitness for the years 2008 to 2012. Proposals for fitness and dance were filed and heard together but the two tariffs were split at the decision stage.

Although no timely objections were filed, seven parties sought leave to intervene in the proceedings roughly ten months after the Board's deadline for objections. The Board granted leave with full participatory rights. Only two parties gave evidence in opposition to the proposed dance tariff: the Alliance of Beverage Licensees of British Colombia (ABLE BC), a trade association, and the Canadian Restaurant and Foodservices Association (CRFA), Canada's largest hospitality association.

Re:Sound proposed a monthly fee of $3.62 multiplied by the capacity of the dance venue. To determine this fee, it used the rate it had proposed for fitness centres and then adjusted it for repertoire use and to account for different measurement units (per person of capacity instead of per member).

Re:Sound presented evidence from two experts, Drs. Bernardino and McHale, who argued that a fair tariff for dance venues was 8 per cent of revenues, adjusted to 4 per cent to account for repertoire. Their argument was based on three steps. First, Dr. Bernardino calculated the value of recorded music to fitness club members using a survey and an estimated discrete choice model. Second, Dr. McHale used this value to calculate the value of recorded music to fitness venues. Finally, Re:Sound argued that the value of music to dance venues could be no less than to fitness venues (before adjusting for repertoire). Re:Sound then provided evidence to determine the average revenue of dance venues, which it used to convert its rate from a revenue basis to an attendance basis.

ABLE BC argued that the evidence presented by Re:Sound did not correctly represent dancing venues because it emphasized nightclubs rather than accounting for all pubs and other establishments that would be subject to the tariff. Dance venue owners testified that the tariff would make them reconsider playing recorded music for dancing. Both ABLE BC and CRFA argued that SOCAN Tariff 18 (Recorded music for dancing) should serve as a benchmark for the Re:Sound tariff. ABLE BC proposed that the Re:Sound tariff be set at no more than 50 per cent of SOCAN Tariff 18.



Copyright Board of Canada

The Board rejected Re:Sound's claim that the tariff rate for fitness centres was an appropriate benchmark for dance venues since these two businesses have different business models and make different uses of music. The Board additionally specified that the value of music to dance venues is greater than it is to fitness clubs because music is ubiquitous and necessary in dance venues while it is partial and optional in fitness centres. It accepted the Objectors' proposal to use SOCAN Tariff 18 as a benchmark, applying a 50 per cent repertoire adjustment. It noted that although this adjustment was not based on a repertoire study, it was acceptable because both Re:Sound and the Objectors agreed to it.

To calculate the rate, the Board therefore adjusted SOCAN Tariff 18 for repertoire and inflation. The certified annual rates are:

	Days of operation	
Months of operation	**1-3 days**	**4-7 days**
Six months or less	$151.19	$302.38
More than six months	$302.38	$604.76

These rates are increased by 10 per cent for each 20 patrons in capacity exceeding 100 patrons.

January 30, 2011 – Re:Sound Tariff 6.A (Use of Recorded Music to Accompany Dance, 2008-2012) – Application to Vary

On December 12, 2011, Montage Management Inc. requested that the Board vary Tariff 6.A so that it could pay amounts owed for the tariff over a one-year period ending some time in 2012. Re:Sound opposed such a modification. The Board dismissed Montage's application, mostly because the application raised enforcement issues that are generally addressed by the courts.

Montage applied for judicial review of the Board's decision. The matter was still pending at the end of the reporting period for this report.

February 17, 2012 – SOCAN Tariffs 22.4 (2007-2008) and 22.D (2009-2011) [Tariff 22.D] – Audiovisual Webcasts; SOCAN Tariffs 22.7 (2007-2008) and 22.G (2009-2011) [Tariff 22.G] – Audiovisual User-Generated Content (Application for Interim Tariff)

SOCAN has filed proposed tariffs for the use of its repertoire in audiovisual webcasts (Tariff 22.D) and audiovisual user-generated content transmitted over the Internet (Tariff 22.G). The Board has consolidated the examination of these proposed tariffs.

On June 13, 2011, SOCAN applied for an interim tariff. With respect to Tariff 22.D, SOCAN proposed the same rate paid by broadcasters subject to Tariff 2.A (Commercial Television Stations) and Tariff 17 (Transmission of Pay, Specialty and Other Television Services by Distribution Undertakings), that is 1.9 per cent of subscription or advertising revenues of the site or service. For Tariff 22.G, SOCAN proposed 6.8 per cent of advertising revenues for music videos and 1.9 per cent for all other audiovisual content.

In support of its application, SOCAN argued that users targeted by the proposed tariffs generate vast amounts of revenues, some of which are heavily dependent on the use of protected music. The absence of an applicable tariff, and the fact that the Board is not likely to issue a decision on the matter until 2013, would cause an unfair prejudice to both SOCAN members, who do not receive any royalties for the use of their works, and users, who do not know the extent of the liability they are accruing. An interim decision would allow filling this legal vacuum.

The objectors argued that SOCAN had failed to meet the test for granting interim relief. Prospective users are for the most part known to SOCAN and can be assumed to have the resources to pay the final tariff once set. The Objectors also noted that the Supreme Court of Canada was currently considering the issue of whether a download is a communication to the public by telecommunication, resulting in significant legal uncertainty regarding the Board's authority to certify the tariff.

The Board denied SOCAN's application for an interim tariff.

Generally, the best way to achieve the purposes of an interim decision is to maintain the *status quo* while preventing a legal vacuum. In order to determine the nature of the *status quo* in this instance, one had to look at the last tariff certified by the Board, which does not provide for the payment of royalties for audiovisual webcasts or for user-generated content. As a result, the fundamental issue to be addressed was whether the Board should grant an interim tariff where no final tariff presently existed.

The Board concluded several reasons existed to refuse the application. First, SOCAN asked for an interim tariff targeting uses, whereas the existing certified tariffs are user-based. There was no evidence adduced to justify modifying the existing tariff structure. SOCAN could provide evidence to the Board to do so during the hearing on the final tariff.

Second, the proposed interim tariff specifically targeted sites that provide user-generated content. In contrast, the proposed final tariff seeks to collect royalties *for* communications of musical works originating from such sites, without identifying the payers. To adopt in an interim tariff a structure that significantly departs from the proposed final tariff makes no sense, particularly in light of the fact that there is an ongoing debate as to who are the proper payers of the tariff. In this respect, some objectors will doubtless argue that they are not themselves engaged in communicating works to the public by telecommunication since they only provide the means of telecommunication necessary for another person to communicate.

Third, SOCAN did not provide any substantial economic rationale for the rates it proposed. When one is seeking to modify the *status quo*, it would be difficult, if not impossible, to establish a rate, even an interim one, in the absence of any evidence regarding the value of these uses.

A number of other issues militated against an interim decision. Is SOCAN entitled to a tariff? If so, who should pay it? What is the appropriate rate base? These issues are complex and go to the fundamental structure of any tariff, interim or final. They cannot be addressed without some evidence and, as such, will be best addressed in the context of the main application.

Finally, the absence of an interim tariff did not cause deleterious effects that could not be remedied through the issuance of the final tariff. In the event that SOCAN makes its case and that a tariff is certified in accordance with the terms it proposed, SOCAN will receive the quantum of royalties to which its members are entitled on a retroactive basis.

General Regime



Background

Sections 70.12 to 70.191 of the *Act* give collective societies that are not subject to a specific regime the option of filing a proposed tariff with the Board. The review and certification process for such tariffs is the same as under the specific regimes. The certified tariff is enforceable against all users; however, in contrast to the specific regimes, agreements signed pursuant to the general regime take precedence over the tariff.

Filing of Tariff Proposals

The following tariff proposals were filed with the Board in March 2012 in accordance with section 70.13 of the *Act*:

- Tariff filed by Access Copyright for the reproduction, in Canada, in 2013 to 2015, of works in its repertoire for the purposes of elementary or secondary education;
- Tariff filed by ACTRA PRS/MROC for the reproduction, in Canada, of performers' performances by commercial radio stations for the year 2013;
- Tariffs filed by CMRRA-SODRAC Inc. (CSI) for the reproduction of musical works, in Canada, by non-commercial radio stations, commercial radio stations, online music services and satellite radio services, all for the year 2013;
- Tariffs filed by the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) for the reproduction of musical works embedded in a music video, in Canada, by online music services and for the reproduction of musical works embedded in cinematographic works, for the year 2013.

Hearings

During fiscal year 2011-12, the Board held a hearing (on September 27, 2011) to examine the question of whether the concept of Crown immunity relieves provincial and territorial governments from the requirement of paying royalties for reprographic reproductions of protected works.

Decisions

Five decisions were rendered during the fiscal year, as follows:

April 7, 2011 – Access Copyright Tariff for Post-Secondary Educational Institutions, 2011-2013 (Amendment to Interim Tariff)

On December 23, 2010, the Board certified the *Access Copyright Interim Post-Secondary Educational Institutions Tariff, 2011-2013.*

In the decision that accompanied the tariff, the Board invited participants to suggest changes to the interim tariff that may prove useful or necessary. The above-referenced decision dealt with the changes requested further to that invitation. The main changes that were made as a result were as follows:

- Section 70.191 of the *Act* provides that in the general regime, agreements trump tariffs. Nevertheless, at the request of the parties, the Board added to the interim tariff a provision stating what is otherwise obvious;
- Precision was added to the definition of full-time equivalent (FTE);
- The fact that the interim tariff does not allow copying sheet music was clarified;
- The Board refused to modify the provisions dealing with alternate format copies and microfiches, having found them sufficiently clear. However, it agreed to remove reporting requirements for these copies;
- At the request of the objectors, a provision requiring an institution to keep Access informed of communications that mention Access was removed;
- The wording of the posters that an institution is to affix near copying devices was modified;
- The amount of a work that users can copy in coursepacks was increased from 15 to 20 per cent;
- The terms and conditions relating to making digital copies pursuant to Schedule G were somewhat modified. Thus, all payments and reporting requirements for digital copies were removed.

June 28 and September 8, 2011 – Access Copyright Tariff for Post-Secondary Educational Institutions, 2011-2013 (Application to Vary the Interim Tariff: Academic Year)

Paragraph 14(a) of the interim tariff the Board adopted on December 23, 2010 provides that:

> 14. An Institution shall pay to Access Copyright:
>
> (a) For all copies made pursuant to section 2(a) of this Tariff, an annual royalty calculated by multiplying the FTE by $3.58 for Institutions that signed the Proprietary College Licence, and by $3.38 for all other Institutions;

The concept of full-time equivalent (FTE) is inherently linked to the academic year, from September 1 of one year to August 31 of the following year. The *Act*, on the other hand, provides that proposed tariffs must be filed for one or more calendar years.

The Association of Universities and Colleges of Canada (AUCC) argued that while proposed tariffs must be filed for one or more calendar years, final tariffs need not be aligned to the calendar year; in this instance, liability under the interim tariff is based on the academic year. Access, for its part, argued that since the tariff must be certified for one or more calendar years, the determination of whether an institution is "in" or "out" should also be made for the calendar year.

The interim tariff did not deal with the issue. The fact that it sets an "annual royalty" implicitly meant that liability is engaged for a year, but it did not specify whether the academic year or calendar year should be used. Under the licences that governed the parties' business relations until the interim tariff came into effect, no ambiguity existed because the duration of the licence was linked to the academic year. The tariff, on the other hand, is based on the calendar year.

On January 21, 2011, both AUCC and the Association of Canadian Community Colleges (ACCC) asked the Board to deal with the issue. In its April 7 decision modifying the interim tariff, the Board, having noted the ambiguity, concluded that for the time being, the only way to reflect the reality of the environment in which institutions are operating was for Access to invoice them according to the academic schedule.

On May 17, 2011, Access requested that the Board clarify that both the interim tariff and the royalties payable pursuant to it are linked to the calendar year.

On June 28, 2011, the Board wrote that what was relevant in this case was not whether tariff liability must be for one or more years but whether the liability under the tariff must be linked to the calendar year. In the Board's view, this is not necessarily so. For example, tariff liability for the use of music is sometimes linked to an individual event (a concert) or time period (a month, in the case of commercial radio). Even if a certified tariff must be valid for one or more calendar years, the payment formula and dates for opting in or out can be anything the Board decides.

In this instance, the Board concluded that the solution to the ambiguity should be informed by the principle that the interim tariff should reflect as much as possible the most recent agreements between the parties. These agreements applied for a full academic year. Therefore, for the purposes of the interim tariff, both liability and the amount of royalties were to be determined on the basis of the academic year.

The Board amended the interim tariff to reflect this principle. However, rather than dictating the wording of the required amendments, it asked its General Counsel to attempt to reach an agreement with the parties on a wording that would achieve such a result. An agreement was reached and this agreement was incorporated in its decision of September 8, 2011.

September 23, 2011 – Access Copyright Tariff for Post-Secondary Educational Institutions, 2011-2013 (Application to Vary the Interim Tariff: Transactional Licence)

On June 8, 2011, AUCC asked the Board to amend the December 23, 2010 interim tariff. An educational institution wishing to avail itself of this tariff must pay a set sum of money per academic year per FTE. AUCC wanted to force Access to licence the single use of a single work ("transactional licence") by institutions that did not pay the FTE royalty.

In support of its application, AUCC relied on the following arguments. The purpose of the interim tariff is to maintain the *status quo*. Access was breaching the *status quo* by systematically denying applications for transactional licences, in an effort to force institutions to opt for the tariff. Access had encouraged its publisher affiliates to cease granting transactional licences; many had heeded that encouragement. The refusal to negotiate transactional licences showed bad faith that amounted to misconduct. Access was abusing its monopoly power.

Another objector, Professor Ariel Katz, supported AUCC's assessment but proposed instead that the Board force Access' publisher affiliates to offer transactional licences on reasonable terms. ACCC essentially supported AUCC but left it up to the Board to select the appropriate remedy.

Access responded that past offerings of transactional licences were more limited than the objectors suggested. Access granted such licences only to institutions that paid the FTE royalty. Paper transactional licences were granted only for uses that were not allowed by the general licence. A digital transactional licence was offered only because AUCC and ACCC refused to deal with digital copies in their model licences. Access stated it had acted in good faith. While it did inform its affiliates of the potential consequences of issuing transactional licences, it had not tried to dictate their conduct. It had even informed them that they retained the option to licence institutions directly. Finally, transactional licences were ill-suited to digital uses in a post-secondary setting, where the use of protected works is widespread, dispersed and decentralized.

The Board denied the applications to vary the interim tariff, for the following reasons:

First, AUCC and ACCC had asked previously that any interim tariff reflect pre-existing licences while allowing institutions to deal directly with copyright owners. The interim tariff does precisely this. Also, the refusal to deal with institutions on a transactional basis did not constitute misconduct by reason that Access was *prima facie* justified to rely on the interim tariff and let the regulatory process run its course.

Second, AUCC asked for something institutions either never had or rarely used. Based on the record, and at least since 2004, Access had granted digital or paper transactional licences only to institutions that paid the FTE royalty, and only for uses that were not allowed by the general licence. The use of digital transactional licences has been minimal.

Third, once a tariff is in place, a collective should be entitled to rely on it. Therefore, a collective's refusal to deal with users outside of the tariff does not constitute misconduct warranting an intervention on the part of the Board.

Fourth, the evidence tended to demonstrate that Access and its affiliates had not colluded with one another. The refusal to issue direct digital transactional licences seemed part of a trend, independent from the current proceedings, whereby publishers let third party clearinghouses handle their digital licensing, due to lack of staff to handle case by case permissions. Access had informed its affiliates of one possible consequence of issuing licences while these proceedings were under way: copies of works in the repertoire of Access that are licensed directly with an affiliate would be removed from any royalty calculation. Informing affiliates of such facts is common sense and did not amount to conspiracy.

Fifth, claims that Access exercised monopoly power remained unproven. Access is at most a natural monopoly which exercises market power based on its ability to offer copyright owners and users economies of scale. AUCC even contended that Access competes with its affiliates and other publishers and authors.

Sixth, transactional licences inherently raise monitoring issues, especially in such a decentralized setting as that of the institutions. Yet, rather than suggesting mechanisms that might provide some comfort on compliance control, objectors proposed the transactional licence be exempt from all the provisions of the interim tariff. Reporting, monitoring and audit are key to most licensing regimes. The absence of such provisions would be an invitation to copyright violation and is unthinkable.

Seventh, the administration of transactional licences tends to be cost intensive.

Eighth, the documents objectors had filed contained so many explicit or implicit contradictions that it had become difficult to lend credence to their statements. For example, the ability to make digital copies of works in Access' repertoire cannot both be of such marginal value as not to require an interim tariff and be of such crucial importance as to require generous access to transactional licences.

Ninth, allowing transactional licences pursuant to the interim tariff could lure institutions into a false sense of security. A licence issued pursuant to the interim tariff could not provide closure. Were the final tariff to provide only for a FTE royalty then the institution that availed itself of an interim transactional licence would be liable for the full FTE price unless the final tariff provides otherwise.

Finally, the balance of convenience favoured Access.

The Board indicated that it did not have the power to issue the remedy proposed by Professor Katz. One must not confuse the power to regulate a collective's dealings with users, which the Board has, with the power to regulate the dealings of a collective's rights holders with those same users, which it does not have.

January 5 (Decision) and March 15, 2012 (Reasons) – Access Copyright Tariff for Provincial and Territorial Governments, 2005-2014 (Crown Immunity Application)

Access filed proposed tariffs for the reproduction of works in its repertoire by employees of provincial and territorial governments, except Québec.

The governments of Alberta, Manitoba, New Brunswick, Newfoundland and Labrador, Nova Scotia, Nunavut, Prince Edward Island and Saskatchewan challenged the legality of the proposed tariffs on the basis of Crown immunity. Access argued that (1) the doctrine was not engaged, (2) that even if engaged, the *Copyright Act* applied to the Crown by necessary implication, or (3) that the objectors had waived any immunity they may otherwise enjoy.

The parties jointly requested that the Board decide the matter by way of a preliminary hearing based on an agreed statement of facts. The Board acceded to the request. The matter was heard on September 27, 2011.

On January 5, 2012, the Board issued its decision, with reasons to follow. It dismissed the Objectors' claim by reason that the *Act* binds the Crown by necessary implication. On March 15, 2012, the Board issued the reasons of its decision.

I. Preliminary questions

Is the principle of Crown immunity engaged?

Before dealing with the substantive issue of whether the Objectors were immune from the provisions of the *Act*, it was necessary to decide whether the principle of Crown immunity was even engaged. Access contended that it was not.

Access argued that the *Act* does not operate to the prejudice of the Crown. It contended that the *Act* promotes the Crown's interest. Thus, there was no prejudice to the Crown and immunity was not engaged in this case.

The Board rejected this argument. The specific provisions of the *Act* from which the objectors claimed immunity relate to the certification by the Board of a tariff for the reproduction of literary works by provincial and territorial governments. Under the proposed tariff, the Crown would be required to pay royalties and to comply with the terms of the tariff for the reproductions they make of published works. The proposed tariffs are an example of clear and specific prejudice to the Crown that does engage Crown immunity.

Access also contented that copyright is property and that under the common law, a government may not expropriate property without just compensation absent a clear and unambiguous legislative intention to do so.

The Board also rejected this argument. Copyright is a *sui generis* statutory right which is not, properly speaking, a form of property. Moreover, expropriation requires that the Crown's action has the effect of rendering the assets virtually useless. In this case, the objectors' actions did not deprive the rights holders of their rights under the *Act* rendering those rights virtually useless. Rather, the objectors sought to reproduce or use literary works without having to compensate the rights holders of those works. While there is certainly a potential lack of compensation, the rights conferred under the *Act* remain exercisable between private parties. As a result, the "no expropriation" principle was of no assistance to Access. Thus, the principle of Crown immunity was engaged.

Finally, Access submitted that the principle of Crown immunity was better expressed as a rule of construction, rather than a presumption to be rebutted. As such, it was incorrect to speak of one party bearing the "onus" to shift the presumption. No one bears an onus to establish that a particular statute is applicable to the Crown.

The Board disagreed. Section 17 of the *Interpretation Act*[a] provides that "no enactment is binding on Her Majesty [...] except as mentioned or referred to in the enactment." This creates an overall presumption of immunity. That presumption can be rebutted where it can be demonstrated that there exists a contrary intention to bind the Crown. Access therefore had to overcome this presumption and demonstrate that the *Act* did bind the Crown.

II. Crown Immunity – General Principle

This legal debate centred on the interpretation of section 17 of the *Interpretation Act* which codifies the common law principle of Crown immunity.

Crown immunity is not absolute. It can be rebutted by:

> [...] (1) expressly binding words; (2) an intention revealed when provisions are read in the context of other textual provisions; and, (3) an intention to bind where an absurdity, as opposed to an undesirable result, were to occur if the government were not bound. Any exception to the normal Crown immunity rule based on a necessary implication should be narrowly confined.[b]

The Board agreed with the parties that there are no expressly binding words which establish that the Crown is bound by the *Act*. It therefore had to decide whether the *Act* bound the Crown by necessary implication when the provisions were read in the context of other textual provisions. Given the conclusion the Board reached, it was not necessary to decide whether there would be a resulting absurdity were the Crown not so bound.

[a] R.S.C., 1985, c. I-21.

[b] *AGT v. CRTC* [1989] 2 S.C.R. 225 at 281.

Is the Crown bound by necessary implication?

Access argued that when examining the *Act* in its entirety there was, by necessary implication, a clear intention to bind the Crown. It pointed to a number of provisions that exempted the Crown from clearing the rights to use certain protected copyright subject-matters. It argued that these exceptions raised a logical implication that the Crown was bound by those provisions from which it has not been exempted.

The objectors, for their part, relied on section 12 of the *Act* to argue that Crown immunity was maintained. In their submission, this section demonstrated Parliament's intent to maintain Crown immunity notwithstanding that the Crown may enjoy certain benefits pursuant to the *Act*.

The Board proceeded to the contextual analysis of the *Act* in a two-part analysis. First, is section 12 of relevance when deciding whether *Act* binds the Crown? Second, do the specific exceptions that apply to the Crown demonstrate that the Crown is otherwise bound by the *Act*?

Is section 12 relevant when examining whether the *Act* binds the Crown?

Section 12 of the *Act* states:

> Without prejudice to any rights or privileges of the Crown, where any work is, or has been, prepared or published by or under the direction or control of Her Majesty or any government department, the copyright in the work shall, subject to any agreement with the author, belong to Her Majesty and in that case shall continue for the remainder of the calendar year of the first publication of the work and for a period of fifty years following the end of that calendar year.

The parties debated at length the meaning of the words "without prejudice to any rights or privileges of the Crown". If, as the Objectors argued, these rights and privileges are all the rights and privileges accorded to the Crown, including immunity, then the inference was that by adopting section 12, Parliament specifically allowed the Crown to maintain its overall immunity from the *Act* despite the Crown being granted certain rights pursuant to other provisions of the *Act*. On the other hand, if these words meant only those copyrights granted to the Crown under common law, then section 12 was limited to the grant of copyright and could not be read to infer any Parliamentary intent regarding immunity.

Reading section 12 in the context of the *Act*, the Board concluded that the quoted expression must be read to mean those rights and prerogatives as they relate to Crown copyright, exclusively; it cannot be read to infer any intent on behalf of Parliament to maintain Crown immunity.



Do the specific exceptions that apply to the Crown demonstrate that the Crown is otherwise bound by the *Act*?

Relying on the maxim *expressio unius est exclusio alterius*, Access argued that since the *Act* contained provisions exempting the Crown from some of its provisions, the exempting sections raised a logical implication that the Crown is bound by those provisions from which it is not exempt.

The *Act* contains at least twenty exceptions that expressly benefit the provincial or federal Crown. A first set of exceptions appear to benefit the Crown writ large. As an example, subsection 32.1(1) exempts from copyright infringement copies made to comply with federal or provincial access to information or privacy legislation. A second group benefits educational institutions, the definition of which clearly includes some emanations of the Crown, such as departments and agencies. The final set of exceptions is found in section 30.5 and concerns Library and Archives Canada, which section 4 of the constituent statute creates as "a branch of the federal public administration" and as such, part of the Crown.

According to the Board, the number and detailed nature of these exceptions seem to indicate a purposeful, explicit intention on the part of Parliament to identify and circumscribe activities that do not infringe copyright. If the Crown benefited from an overall immunity from the *Act*, why would Parliament spend so much time and effort in crafting these exceptions? When analyzing the whole of the *Act* contextually, one is irresistibly drawn to the logical conclusion that the *Act* generally binds the Crown. The principle of Crown immunity does not apply by necessary implication.

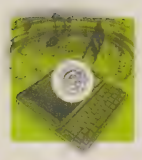
Have the Objectors waived their immunity?

Though this was unnecessary, the Board nevertheless considered it useful to comment on whether the Objectors had waived their immunity. The Board noted that for years, the Objectors had applied comprehensive written policies to ensure that the Crown and its agents respected copyright; they had sought out, sought authorization from and compensated rights holders for the use of their works. By such actions, the Objectors had waived their immunity and had chosen to bring themselves within the purview of the entire *Act*.

On April 16, 2012, and after the end of the period relevant to this report, the governments of Manitoba, Saskatchewan, New Brunswick, Nova Scotia and Prince Edward Island applied for judicial review of the Board's decision.



Arbitration Proceedings



Pursuant to section 70.2 of the *Act*, on application of the society or the user, the Board can set the royalties and the related terms and conditions of a license for the use of the repertoire of a collective society subject to section 70.1, when the society and a user are unable to agree on the terms of the license.

In 2011-12, the Board did not hear any applications for arbitration.

Decisions

The Board rendered one decision during the fiscal year, as follows:

January 5, 2012 – Interim Decision on SODRAC v. ARTV

On September 30, 2011, the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) asked the Board to set interim and final royalties for reproduction of its repertoire by ARTV, a national francophone television channel, from September 30, 2011 to September 30, 2014.

SODRAC had licensed ARTV continuously since 2001. On July 11, 2011, ARTV terminated the agreement, causing it to expire on August 31, 2011. At first, the parties agreed to continue to apply the expired agreement while negotiating a new agreement. However, ARTV advised on September 29, 2011 that it would no longer comply as of September 30, 2011. SODRAC filed its application with the Board the next day.

ARTV objected to the application for an interim licence. It stated that it did not need a synchronization licence since it only had a few in-house productions that used little or no SODRAC repertoire. It also stated that it does not need a licence for incidental reproductions, since these are already cleared downstream by producers. In the alternative, ARTV argued that the interim licence should be limited to incidental reproductions, that it should exclude reproductions made in its in-house productions and that, as a result, interim royalties should be a fifth or less than what was provided in the recently expired agreement.

SODRAC maintained that the interim license is necessary and should reflect the *status quo*. It argued that changes requested by ARTV were already at issue in another arbitration (*SODRAC v. SRC/CBC* and *SODRAC v. Groupe Astral)*.

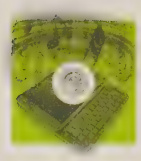
The Board granted SODRAC's application for an interim licence, effective from September 30, 2011 until the Board makes its final decision or modifies it by an order of the Board for the following reasons. First, an interim decision was necessary to fill the legal vacuum resulting from the absence of a licence and to overcome the uncertainty with respect to ARTV's submissions. Second, ARTV did not demonstrate any change in circumstances that would justify an alternative approach. Third, a final, retroactive licence would properly reflect rights granted to ARTV by SODRAC and adjust any payments as required.

Requests

The Board received five requests for arbitration in the year 2010-11, as follows:

- 30 September, 2011 – Request for arbitration between SODRAC and ARTV and for an interim license;
- December 2, 2011 – Request for arbitration between SODRAC and CBC in relation to CBC's service entitled Espace.mu;
- December 16, 2011 – Request for arbitration between SODRAC and CBC in relation to CBC's interactive jukebox for its 75th anniversary;
- March 26, 2012 – Request for arbitration between SODRAC and CBC in relation to CBC's service entitled Explora;
- March 26, 2012 – Request for arbitration between SODRAC and CBC in relation to all reproductions made between April 1, 2012 and March 31, 2016.

Educational Rights



Background

Sections 29.6, 29.7 and 29.9 of the *Act* came into force on January 1, 1999. Since then, educational institutions and persons acting under their authority can, without the copyright owner's authorization, copy programs when they are communicated to the public and perform the copy before an audience consisting primarily of students. In a nutshell, institutions can copy and perform news and news commentaries and keep and perform the copy for one year without having to pay royalties; after that, they must pay the royalties and comply with the conditions set by the Copyright Board in a tariff. Institutions can also copy other programs and subject-matters, and keep the copy for assessment purposes for thirty days; if they keep the copy any longer, or if they perform the copy at any time, the institution must then pay the royalties and comply with the conditions set by the Board in a tariff.

Filing of Tariff Proposal

No tariffs were filed in 2011-12.

Hearings

No hearings were held in 2011-12.

Decisions

The Board rendered one decision during the fiscal year, as follows:

December 24, 2011 – Educational Rights Collective of Canada Tariff, 2012-2016

On March 11, 2011, the Educational Rights Collective of Canada (ERCC) filed a proposed tariff for the reproduction and performance of works communicated to the public by telecommunication by educational institutions in Canada from 2012 to 2016. There were no objections to the statement, which was essentially identical to what the Board had certified for the years 2007 to 2011. The Board therefore certified for 2012 to 2016 the tariff as filed by ERCC.

The tariff provides two options: reproduction rights are cleared on a transactional basis unless the educational institution elects to comply with a comprehensive tariff.



Under the comprehensive tariff, educational institutions pay $1.73 per calendar year per pre-school, elementary and secondary (regular) full-time equivalent (FTE) student and $1.89 per calendar year per other FTE student. Copies can be kept and performed as long as the educational institution operates under the comprehensive tariff; if it switches to a transactional tariff, it will only be able to keep copies made under the comprehensive tariff for one or two years, subject to conditions defined in the tariff.

Under the transactional tariff, educational institutions pay $0.13 per minute for copies made from a radio signal and $1.60 per minute made from a television signal for copies intended for regular students. The rates for other students are $0.17 and $2.00, respectively. Copies made from the Internet are treated like copies from television signal unless there is no significant visual component. Copies made under a transactional tariff can be kept and performed for the life of the copy.

Retransmission of Distant Signals



Background

The *Act* provides for royalties to be paid by cable companies and other retransmitters for the retransmission of distant television and radio signals. The Board sets the royalties and allocates them among the collective societies representing copyright owners whose works are retransmitted.

Filing of Tariff Proposals

No tariffs were filed in 2011-12.

Hearings

No hearings were held in 2011-12.

Decisions

No decision was rendered during the fiscal year.

Private Copying



Background

The private copying regime entitles an individual to make copies (a "private copy") of sound recordings of musical works for that person's personal use. In return, those who make or import recording media ordinarily used to make private copies are required to pay a levy on each such medium. The Board sets the levy and designates a single collecting body to which all royalties are paid. Royalties are paid to the Canadian Private Copying Collective (CPCC) for the benefit of eligible authors, performers and producers.

The regime is universal. All importers and manufacturers pay the levy. However, since these media are not exclusively used to copy music, the levy is reduced to reflect non-music recording uses of media.

Filing of Tariff Proposals

On January 16, 2012, the Canadian Private Copying Collective (CPCC) filed a statement of proposed levies to be collected for private copying for the year 2014, in respect of CDs and microSD memory cards.

Hearings

No hearings were held during the fiscal year.

Decisions

One decision was rendered during the fiscal year, as follows:

December 19, 2011 – Interim Decision on Private Copying Tariff, 2012-2013

On November 18, 2011, the Canadian Private Copying Collective (CPCC) asked the Board to extend for the years 2012 and 2013, the *Private Copying Tariff, 2011* certified on December 18, 2010, on an interim basis. Objectors were notified of the application. No one opposed the application.

The Board granted the application. The interim tariff remains in force, unless modified, from January 1, 2012 until the Board certifies the final tariff for 2012 and 2013.

Unlocatable Copyright Owners



Pursuant to section 77 of the *Act*, the Board may grant licenses authorizing the use of published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, if the copyright owner is unlocatable. However, the *Act* requires the applicants to make reasonable efforts to find the copyright owner. Licenses granted by the Board are non-exclusive and valid only in Canada.

During the fiscal year 2011-12, 28 applications were filed with the Board and the following seven licenses were issued:

- *National Film Board of Canada*, St-Laurent, Quebec, for the reproduction and incorporation of a photograph in a documentary film;
- *Carol Cloutier*, Cantley, Quebec, for the reproduction of 362 photographs and album covers in a book;
- *Wendy Mitchinson*, Bright, Ontario, for the reproduction and the communication to the public by telecommunication of three images published in The Canadian Home Journal in a article entitled "The Media, Gendered, Fat and Other Problematic Bodies";
- *Catherine Taddo,* Sault Ste. Marie, Ontario, for the mechanical reproduction and the communication to the public by telecommunication of a musical work entitled "Men are Like Street Cars" by Louis Jordan or Charley Jordan;
- *Nolin BBDO*, Montreal, Quebec, for the synchronization, reproduction and communication to the public by telecommunication of an excerpt of a musical work entitled "*Le temps est bon*" written by Stéphane Venne and published by JFM Investments Inc. in 1972;
- *PRODUCTIONS PHI-BRASSARD (JIMMY) INC.*, Montreal, Quebec, for the reproduction, synchronization and public performance of an excerpt of a musical recording entitled "Seeburg Background Music Record BA-109A" in a short film;
- *Centre collégial de développement de matériel didactique* (CCDMD), Montreal, Quebec, for the reproduction of a poster created by the artists group Kukryniksy.

Court Proceedings



Two applications for judicial review were filed with the Federal Court of Appeal in 2011-12, on which the Court has not yet rendered a decision:

- *Montage Management Inc. v. Re: Sound* [Tariff 6.A – Use of Recorded Music to Accompany Dance, 2008-2012 (Application to Vary)]
- *Manitoba v. Access Copyright* [Provincial and Territorial Governments Tariff, 2005-2014 – Crown Immunity Application]

Two other applications for judicial review were heard jointly by the Federal Court of Appeal in 2011-12:

Access Copyright Tariff for Post-Secondary Educational Institutions, 2011-2013

Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) 2012 FCA 96

On September 19 and October 24, 2011, the Association of Universities and Colleges of Canada (AUCC) and the University of Manitoba filed applications for judicial review of two interlocutory decisions of the Board. The first application pertained to a ruling dated August 18, 2011, issued in the context of interrogatories, allowing Access Copyright to obtain information from educational institutions that had not availed themselves of the interim tariff. The second pertained to a September 23, 2011 decision dismissing an application to amend the *Access Copyright Interim Post-Secondary Educational Institution Tariff, 2011-2013* so as to require Access Copyright to issue transactional licences for the use of its repertoire.

On March 20, 2012, the Federal Court of Appeal dismissed the applications. The Court concluded that there were no special circumstances that justified its intervention at this stage of the proceedings before the Board. The Court also stated that this was manifestly a case where the Board should be permitted to complete its work before the Court could be called upon to consider administrative law remedies.

Five decisions of the Federal Court of Appeal appealed to the Supreme Court of Canada were heard in 2011-12:

- *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada* [SOCAN Tariff 22.A (Internet – Online Music Services), 1996-2006];
- *Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada and CMRRA/SODRAC Inc.* [SOCAN 22.B-G (Internet – Other Uses of Music), 1996-2006];
- *Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc., and Telus Communications Company v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* [SOCAN Tariff 22.A (Internet – Online Music Services), 1996-2006];
- *Alberta (Education) v. Access Copyright* [Access Copyright Tariff (Reprography – Educational Institutions), 2005-2009];
- *Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada* [Re:Sound Tariff 7 (Motion Picture Theatres and Drive-Ins) 2009-2011 and Tariff 9 (Commercial Television) 2009-2013].

The decisions of the Federal Court of Appeal were summarized in the 2010-11 Annual Report.

Agreements Filed with the Board



Pursuant to the *Act*, collective societies and users of copyrights can agree on the royalties and related terms of licenses for the use of a society's repertoire. Filing an agreement with the Board pursuant to section 70.5 of the *Act* within 15 days of its conclusion, shields the parties from prosecutions pursuant to section 45 of the *Competition Act*. The same provision grants the Commissioner of Competition appointed under the *Competition Act* access to those agreements. In turn, where the Commissioner considers that such an agreement is contrary to the public interest, he may request the Board to examine it. The Board then sets the royalties and the related terms and conditions of the license.

In 2011-12, 144 agreements were filed with the Board pursuant to section 70.5 of the *Act*.

Access Copyright which licenses reproduction rights such as digitization and photocopy, on behalf of writers, publishers and other creators, filed 46 agreements granting educational institutions, language schools, non-profit associations, copy shops and others a license to photocopy works in its repertoire.

The *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction* (COPIBEC) filed 97 agreements. COPIBEC is the collective society which authorizes in Quebec the reproduction of works from Quebec, Canadian (through a bilateral agreement with Access Copyright) and foreign rights holders. The agreements filed in 2011-12 were concluded with various educational institutions, municipalities, non-profit associations and other users.

Finally, one agreement was filed jointly by Access Copyright and COPIBEC with respect to the Bank of Montreal.

Ententes déposées auprès de la Commission



La *Loi* permet à une société de gestion et à un utilisateur de conclure des ententes portant sur les redevances et modalités afférentes à une licence pour l'utilisation du répertoire de la société. L'article 70.5 de la *Loi* prévoit par ailleurs que si l'entente est déposée auprès de la Commission dans les quinze jours suivant sa conclusion, les parties ne peuvent être poursuivies aux termes de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. La même disposition prévoit que le Commissaire de la concurrence nommé au titre de cette loi peut avoir accès aux ententes ainsi déposées. Si ce dernier estime qu'une entente est contraire à l'intérêt public, il peut demander à la Commission de l'examiner. La Commission fixe alors les redevances et les modalités afférentes à la licence.

En 2011-2012, 144 ententes ont été déposées auprès de la Commission en vertu de l'article 70.5 de la *Loi*.

Access Copyright, qui gère les droits de reproduction, tels la numérisation et la photocopie, au nom d'auteurs, éditeurs et autres créateurs, a déposé 46 ententes autorisant divers utilisateurs, par voie de licence, à faire des copies des œuvres inscrites dans son répertoire. Ces ententes ont été conclues, entre autres, avec des établissements d'enseignement, des écoles de langues, des organismes à but non lucratif et des centres de reprographie.

La Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC) a déposé 97 ententes. COPIBEC est la société de gestion qui autorise, au Québec, la reproduction des œuvres des titulaires de droits québécois, canadiens (par le biais d'une entente de réciprocité avec *Access Copyright*) et étrangers. Les ententes déposées en 2011-2012 ont été conclues, entres autres, avec divers établissements d'enseignement, municipalités et organismes à but non lucratif.

Enfin, une entente a été déposée conjointement par *Access Copyright* et COPIBEC à l'égard de la Banque de Montréal.

Cinq audiences de révision judiciaire qui ont fait l'objet d'appel à la Cour suprême du Canada ont eu lieu en 2011-2012 :

- *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada* [Tarif 22.A de la SOCAN (Internet – Services de musique en ligne), 1996-2006];
- *Entertainment Software Association et Entertainment Software Association of Canada c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique et CMRRA/SODRAC Inc.* [SOCAN 22.B-G (Internet – Autres utilisations de musique), 1996-2006];
- *Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc., et Telus Communications Company c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* [Tarif 22.A de la SOCAN (Internet – Services de musique en ligne), 1996-2006];
- *Alberta (Éducation) c. Access Copyright* [Tarif d'Access Copyright (Reprographie – Établissements d'enseignement), 2005-2009];
- *Ré:Sonne c. Motion Picture Theatre Associations of Canada* [Tarif 7 (Cinémas et cinémas en plein air) 2009-2011 et Tarif 9 (Télévision commerciale) 2009-2013 de Ré:Sonne].

Les décisions de la Cour fédérale d'appel ont été résumées dans le rapport annuel 2010-2011.

Instances judiciaires



Deux demandes de révision judiciaire ont été déposées à la Cour fédérale d'appel en 2011-2012, à l'égard desquels la Cour n'a pas encore rendu de décision :

- *Montage Management Inc. c. Re:Sound* [Tarif 6.A – Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités de danse, 2008-2012 (demande de modification)]
- *Manitoba c. Access Copyright* [Tarif des gouvernements provinciaux et territoriaux, 2005-2014 – demande d'immunité de la Couronne]

Deux autres demandes de révision judiciaire ont été entendues conjointement par la Cour fédérale d'appel en 2011-2012 :

Tarif d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013

Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright) 2012 CAF 96

Les 19 septembre et 24 octobre 2011, l'Association des universités et collèges du Canada (AUCC) et l'Université du Manitoba demandaient la révision judiciaire de deux décisions interlocutoires de la Commission. La première demande avait trait à une décision du 18 août 2011, émise dans le contexte des demandes de renseignements, accordant à *Access Copyright* le droit d'obtenir des réponses de certains établissements d'enseignement ayant décidé de ne pas se prévaloir du tarif provisoire. La seconde avait trait à une décision du 23 septembre 2011 rejetant une demande de l'AUCC de modifier le *Tarif provisoire d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013* de façon à obliger *Access Copyright* à délivrer des licences transactionnelles pour l'utilisation de son répertoire.

Le 20 mars 2012, la Cour d'appel fédérale a rejeté les demandes de révision judiciaire. Elle a jugé qu'il n'y avait pas de circonstances particulières justifiant son intervention à ce stade de l'instance devant la Commission. La Cour a également jugé qu'il s'agissait là manifestement d'un cas où il convenait de permettre à la Commission de terminer son travail avant que la Cour ne puisse être appelée à se pencher sur des recours de droit administratif.

Titulaires de droits d'auteur introuvables



L'article 77 de la *Loi* donne à la Commission le pouvoir de délivrer des licences pour autoriser l'utilisation d'œuvres publiées, de fixations de prestations, d'enregistrements sonores publiés ou de la fixation d'un signal de communication lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable. La *Loi* exige cependant des requérants qu'ils aient fait des efforts raisonnables pour retrouver le titulaire du droit d'auteur. Les licences délivrées par la Commission sont non exclusives et valides seulement au Canada.

Au cours de l'exercice financier 2011-2012, 28 demandes de licences ont été déposées auprès de la Commission et les sept licences suivantes ont été délivrées :

- *Office national du film du Canada*, St-Laurent (Québec), pour la reproduction et l'incorporation d'une photographie dans un film documentaire;
- *Carol Cloutier*, Cantley (Québec), pour la reproduction de 362 photographies et pochettes de disques dans un livre;
- *Wendy Mitchinson*, Bright (Ontario), pour la reproduction et la communication au public par télécommunication de trois images publiées dans *The Canadian Home Journal* dans l'article intitulé « *The Media, Gendered, Fat and Other Problematic Bodies* »;
- *Catherine Taddo*, Sault Ste. Marie (Ontario), pour la reproduction mécanique et la communication au public par télécommunication de l'œuvre musicale intitulée « *Men are Like Street Cars* » écrite par Louis Jordan ou Charley Jordan;
- *Nolin BBDO*, Montréal (Québec), pour la synchronisation, la reproduction et la communication au public par télécommunication d'un extrait de l'œuvre musicale intitulée « Le temps est bon » écrite par Stéphane Venne et publiée par JFM Investments Inc. en 1972;
- *PRODUCTIONS PHI-BRASSARD (JIMMY) INC.*, Montréal (Québec), pour la reproduction, la synchronisation et l'exécution publique d'un extrait d'un enregistrement musical intitulé « *Seeburg Background Music Record BA-109A* » dans un court métrage;
- *Centre collégial de développement de matériel didactique* (CCDMD), Montréal (Québec), pour la reproduction d'une affiche créée par le groupe d'artistes Kukryniksy.

Copie pour usage privé



Arrière-plan

Le régime de copie privée permet la copie pour usage privé d'enregistrements sonores d'œuvres musicales (la « copie privée »). En échange, on exige de ceux qui importent ou fabriquent des supports habituellement utilisés pour faire de la copie privée qu'ils versent une redevance sur chacun de ces supports. La Commission fixe le montant de la redevance et désigne l'unique société de perception à laquelle ces montants sont versés. Les redevances sont versées à la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP), au bénéfice des auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles.

Le régime est universel; tous les importateurs et fabricants paient la redevance. Cependant, pour tenir compte du fait que plusieurs supports servent à autre chose que la copie privée, la redevance est diminuée proportionnellement pour refléter ces autres utilisations des supports.

Dépôt de projets de tarifs

Le 16 janvier 2012, la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) a déposé un projet de tarif des redevances à percevoir pour la copie privée pour l'année 2014, à l'égard des CD et des cartes mémoire microSD.

Audiences

Aucune audience n'a eu lieu au cours de l'exercice financier.

Décisions

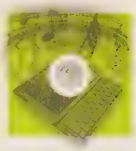
Une décision a été rendue au cours de l'exercice financier, comme suit :

Le 19 décembre 2011 – Tarif provisoire pour la copie privée, 2012-2013

Le 18 novembre 2011, la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP) a demandé que la Commission rende applicable pour 2012 et 2013, à titre provisoire, *le Tarif pour la copie privée, 2011* homologué le 18 décembre 2010. Les opposants ont été avisés de la demande; personne ne s'y est opposé.

La Commission a fait droit à la demande. Le tarif provisoire est en vigueur à compter du 1er janvier 2012 jusqu'à ce que la Commission homologue le tarif final pour les années 2012 et 2013, à moins qu'il ne soit modifié.

Retransmission de signaux éloignés



Arrière-plan

La *Loi* prévoit le versement de redevances par les câblodistributeurs et autres retransmetteurs pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio. La Commission fixe les redevances et les répartit entre les sociétés de gestion représentant les titulaires de droits d'auteur dans les œuvres ainsi retransmises.

Dépôt de projets de tarifs

Aucun projet de tarif n'a été déposé en 2011-2012.

Audiences

Aucune audience n'a eu lieu en 2011-2012.

Décisions

Aucune décision n'a été rendue au cours de l'exercice financier.



En vertu du tarif forfaitaire, les établissements d'enseignement paient 1,73 $ pour chaque élève équivalent temps plein (ÉTP) de niveau préscolaire, élémentaire ou secondaire, par année scolaire et 1,89 $ pour chaque autre élève ÉTP, par année civile. Les copies peuvent être gardées et diffusées tant et aussi longtemps que l'établissement d'enseignement opte pour le tarif forfaitaire; si elle opte pour le tarif transactionnel, elle ne peut garder les copies faites selon le tarif forfaitaire que pour une ou deux années, selon les conditions établies dans le tarif.

En vertu du tarif transactionnel, les établissements d'enseignement paient 0,13 $ la minute pour les copies faites d'un signal radio et 1,60 $ pour les copies faites d'un signal de télévision, si ces copies sont destinées aux étudiants réguliers. Les taux pour les autres étudiants sont de 0,17 $ et 2,00 $, respectivement. Les copies faites d'Internet sont traitées comme celles faites de la télévision, sauf si elles ne contiennent pas une composante visuelle significative. Les copies faites en vertu du tarif transactionnel peuvent être conservées et exécutées pendant toute la durée de vie de l'exemplaire.

Droits éducatifs



Arrière-plan

Les articles 29.6, 29.7 et 29.9 de la *Loi* sont entrés en vigueur le 1er janvier 1999. Depuis cette date, les établissements d'enseignement et les personnes agissant sous leur autorité peuvent, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, reproduire des émissions lors de leur communication au public et présenter ces exemplaires devant un auditoire formé principalement d'élèves. En bref, les établissements peuvent reproduire une émission d'actualités et un commentaire d'actualités, conserver la copie et l'exécuter en public pendant un an sans avoir à payer de redevances; à l'expiration de cette période, ils doivent acquitter les redevances et respecter les modalités fixées par la Commission du droit d'auteur dans un tarif. Les établissements peuvent aussi reproduire d'autres émissions et objets de droit d'auteur et en conserver un exemplaire pendant trente jours aux fins d'en déterminer la valeur du point de vue pédagogique; s'ils conservent l'exemplaire plus longtemps ou s'ils le présentent à un moment quelconque, ils doivent acquitter les redevances et respecter les modalités fixées par la Commission dans un tarif.

Dépôt de projets de tarifs

Aucun projet de tarif n'a été déposé en 2011-2012.

Audiences

Aucune audience n'a eu lieu en 2011-2012.

Décisions

La Commission a rendu une décision au cours de l'exercice financier, comme suit :

Le 24 décembre 2011 – Tarif de la Société canadienne de gestion des droits éducatifs, 2012-2016

Le 11 mars 2011, la Société canadienne de gestion des droits éducatifs (SCGDE) déposait son projet de tarif pour la reproduction et l'exécution d'œuvres communiquées au public par télécommunication par les établissements d'enseignement au Canada, pour les années 2012 à 2016. Personne ne s'est opposé au projet qui, essentiellement, était identique au tarif homologué par la Commission pour les années 2007-2011. La Commission a donc homologué le tarif pour 2012-2016 tel qu'il a été déposé par la SCGDE.

Le tarif prévoit deux options : les droits de reproduction sont libérés de façon transactionnelle à moins que l'établissement d'enseignement décide d'utiliser le tarif forfaitaire.

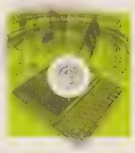


Demandes

En 2010-2011, la Commission a été saisie de cinq demandes d'arbitrage, comme suit :

- Le 30 septembre 2011 – Demande d'arbitrage entre la SODRAC et ARTV et d'une licence provisoire;
- Le 2 décembre 2011 – Demande d'arbitrage entre la SODRAC et la SRC à l'égard du service de la SRC appelé Espace.mu;
- Le 16 décembre 2011 – Demande d'arbitrage entre la SODRAC et la SRC à l'égard des Bornes interactives de la SRC installées à l'occasion de son 75e anniversaire;
- Le 26 mars 2012 – Demande d'arbitrage entre la SODRAC et la SRC à l'égard du service de la SRC appelé Explora;
- Le 26 mars 2012 – Demande d'arbitrage entre la SODRAC et la SRC à l'égard de toutes les reproductions faites entre le 1er avril 2012 et le 31 mars 2016.

Procédures d'arbitrage



En vertu de l'article 70.2 de la *Loi*, la Commission a le pouvoir d'établir les redevances et modalités afférentes à une licence permettant l'utilisation du répertoire d'une société de gestion visée à l'article 70.1, en cas de mésentente entre cette société et un utilisateur et à la demande de l'un d'eux.

En 2011-2012, la Commission n'a tenu aucune audience liée à une demande d'arbitrage.

Décisions

La Commission a rendu une décision au cours de l'exercice financier, comme suit :

Le 5 janvier 2012 – Décision provisoire à l'égard de SODRAC c. ARTV

Le 30 septembre 2011, la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) demandait à la Commission de fixer, de manière provisoire et finale, les redevances pour la reproduction de son répertoire par ARTV, une chaîne nationale francophone de la télévision, pour la période du 30 septembre 2011 au 30 septembre 2014.

SODRAC a accordé des licences à ARTV de façon continuelle depuis 2001. Le 11 juillet 2011, ARTV dénonçait l'entente, qui venait à échéance le 31 août 2011. Au départ, les parties ont convenu de continuer à appliquer l'entente échue pendant les négociations. Toutefois, le 29 septembre 2011, ARTV donnait avis qu'elle cesserait de s'y conformer dès le 30 septembre 2011. Le lendemain, la SODRAC déposait sa demande auprès de la Commission.

ARTV s'est opposée à la demande de licence provisoire. Elle a prétendu ne pas avoir besoin de licence de synchronisation puisqu'elle effectue très peu de productions à l'interne et que ces productions utilisent peu le répertoire de la SODRAC. ARTV a soutenu également ne pas avoir besoin d'une licence pour les reproductions incidentes qu'elle effectue, au motif que ces droits sont déjà libérés en amont par les producteurs. De façon subsidiaire, ARTV a soutenu que la licence provisoire devrait se limiter aux reproductions incidentes et exclure la reproduction dans les productions internes et que, par conséquent, les redevances devraient être réduites au cinquième ou moins de ce que l'entente récemment échue prévoyait.

La SODRAC a continué de soutenir que la licence provisoire est nécessaire et devrait refléter le *statu quo*. Elle a maintenu que les changements que demande ARTV s'appuient sur des prétentions déjà mises de l'avant dans un autre arbitrage (celui de *SODRAC c. CBC/SRC* et *SODRAC c. Groupe Astral*).

La Commission a fait droit à la demande de la SODRAC pour une licence provisoire qui a pris effet le 30 septembre 2011 et sera valide jusqu'à ce que la Commission rende sa décision finale ou la modifie au moyen d'une ordonnance subséquente pour trois raisons. Premièrement, la décision provisoire est nécessaire pour combler le vide juridique qu'entraîne l'absence de licence et pour pallier l'incertitude face aux prétentions d'ARTV. Deuxièmement, ARTV n'a pas démontré l'existence de changement des circonstances tendant à justifier une autre approche. Troisièmement, une licence finale et rétroactive reflétera précisément les droits qui sont accordés par la SODRAC à ARTV et rajustera toute redevance versée, s'il y a lieu.



Les exceptions particulières applicables à la Couronne démontrent-elles que celle-ci est par ailleurs assujettie à la *Loi*?

S'appuyant sur la maxime *expressio unius est exclusio alterius*, Access soutenait qu'il fallait logiquement inférer du fait que la *Loi* exempte la Couronne de l'application de certaines dispositions que la Couronne est liée par les dispositions dont elle n'est pas exemptée.

La *Loi* renferme au moins une vingtaine d'exceptions à l'avantage de la Couronne du chef du Canada ou d'une province. La première catégorie paraît bénéficier à la Couronne au sens large. À titre d'exemple, le paragraphe 32.1(1) de la *Loi* prévoit que les copies faites dans le but de se conformer à des dispositions fédérales ou provinciales en matière d'accès à l'information ou de protection de la vie privée ne constituent pas une violation de droit d'auteur. Une deuxième catégorie concerne les établissements d'enseignement, dont la définition inclut clairement des émanations de la Couronne, ministères ou organismes. La dernière catégorie est prévue à l'article 30.5 de la *Loi* et concerne Bibliothèque et Archives Canada qui, aux termes de l'article 4 de sa loi constituante, forme « un secteur de l'administration publique fédérale » et, à ce titre, est également une émanation de la Couronne.

Selon la Commission, le nombre et la nature détaillée de ces exceptions témoignent d'une intention délibérée et explicite du législateur de définir et circonscrire les activités ne constituant pas des violations du droit d'auteur. Si la Couronne jouissait d'une immunité générale relative à la *Loi*, pourquoi le législateur aurait-il consacré autant de temps et d'efforts à formuler ces exceptions? L'analyse de l'ensemble de la *Loi* dans son contexte mène inévitablement à la conclusion logique que la *Loi* lie la Couronne. Le principe de l'immunité de la Couronne est inapplicable, par déduction nécessaire.

Les opposants ont-ils renoncé à l'immunité?

Bien qu'il n'ait pas été nécessaire de poursuivre l'analyse, la Commission a néanmoins jugé utile de se demander, dans l'optique où l'immunité se serait appliquée, si les opposants avaient renoncé à cette immunité. À cet égard, la Commission a noté que depuis des lustres, les opposants ont appliqué des politiques écrites exhaustives visant à assurer le respect du droit d'auteur par la Couronne et ses mandataires; ils ont fait en sorte d'identifier les titulaires de droits des œuvres qu'ils souhaitaient utiliser, d'obtenir leur autorisation et de leur verser une indemnité. Ce faisant, ils ont renoncé à leur immunité et ont opté pour l'assujettissement à l'ensemble de la *Loi*.

Le 16 avril 2012, soit après la fin de la période visée dans le présent rapport, les gouvernements du Manitoba, de la Saskatchewan, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse et de l'Île-du-Prince-Édouard demandaient la révision judiciaire de la décision de la Commission.



La Couronne est-elle liée par déduction nécessaire?

Access prétendait qu'un examen de la *Loi* dans son ensemble permettait de dégager, par déduction nécessaire, une intention claire de lier la Couronne. Citant plusieurs dispositions dispensant la Couronne d'obtenir l'autorisation d'utiliser des objets du droit d'auteur protégés, elle faisait valoir qu'il fallait logiquement en conclure que la Couronne était liée par les dispositions dont elle n'était pas exemptée.

À l'inverse, les opposants, s'appuyant sur l'article 12 de la *Loi*, prétendaient que la *Loi* prévoit expressément le maintien de l'immunité de la Couronne. Cette disposition démontre selon eux l'intention du législateur de préserver l'immunité même si la Couronne jouit de certains avantages prévus par la *Loi*.

La Commission a procédé à une analyse contextuelle de la *Loi* en deux étapes. Elle a d'abord examiné la pertinence de l'article 12 pour décider de l'assujettissement de la Couronne à la *Loi*; elle a ensuite examiné si les exceptions particulières applicables à la Couronne démontraient que la *Loi* liait par ailleurs la Couronne.

La pertinence de l'article 12 pour l'analyse de l'assujettissement de la Couronne à la *Loi*

L'article 12 de la *Loi* se lit comme suit :

> Sous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne, le droit d'auteur sur les œuvres préparées ou publiées par l'entremise, sous la direction ou la surveillance de Sa Majesté ou d'un ministère du gouvernement, appartient, sauf stipulation conclue avec l'auteur, à Sa Majesté et, dans ce cas, il subsiste jusqu'à la fin de la cinquantième année suivant celle de la première publication de l'œuvre.

Les parties ont longuement débattu du sens des mots « [s]ous réserve de tous les droits ou privilèges de la Couronne ». Si, comme le soutenaient les opposants, ces droits et privilèges s'entendent de la totalité des droits et privilèges accordés à la Couronne, dont l'immunité, il s'ensuit qu'en adoptant l'article 12 le législateur a expressément permis à la Couronne de conserver son immunité générale par rapport à la *Loi* même si elle jouit de certains droits en vertu d'autres dispositions du même texte. Par contre, si ces mots ne se rapportent qu'aux droits d'auteur dont jouit la Couronne en vertu de la *common law*, alors l'article 12 ne fait qu'octroyer un droit et n'exprime aucune intention législative au sujet de l'immunité.

Interprétant l'article 12 dans le contexte de la *Loi*, la Commission a conclu que les mots précités s'entendent des droits et privilèges de la Couronne en matière de droit d'auteur seulement et que l'on ne saurait considérer que l'article 12 exprime une quelconque intention du législateur relativement au maintien de l'immunité de la Couronne.

La Commission a également rejeté cet argument. Le droit d'auteur est un droit *sui generis* d'origine législative, qui n'est pas à proprement parler une forme de propriété. En outre, pour parler d'expropriation, il aurait fallu que l'action de la Couronne ait eu pour effet d'enlever pratiquement toute utilité à des biens. En l'espèce, les droits reconnus par la *Loi* n'auraient pas été retirés à leurs titulaires, ni rendus pratiquement inutiles. Les opposants voulaient plutôt reproduire ou utiliser des œuvres littéraires sans avoir à verser d'indemnité aux titulaires de droits. Certes, il y a là une possibilité réelle de perte de compensation. Toutefois, les droits conférés par la *Loi* continuent de pouvoir être exercés lorsque des parties privées sont en cause. Le principe de l'immunité de la Couronne entrait donc en jeu.

Enfin, Access soutenait que le principe de l'immunité de la Couronne relevait davantage de la règle d'interprétation que de la présomption à réfuter. Il était donc incorrect de dire qu'une partie ou l'autre avait le « fardeau » de repousser la présomption. Personne n'a à établir qu'une loi s'applique à la Couronne.

La Commission n'était pas de cet avis. L'article 17 de la *Loi d'interprétation*[a] prévoit que « [s]auf indication contraire y figurant, nul texte ne lie Sa Majesté [...] ». Cette loi établit ainsi une présomption générale d'immunité, réfutable lorsqu'il est possible de démontrer l'existence de l'intention contraire de lier la Couronne. Access devait donc repousser la présomption et démontrer que la *Loi* liait la Couronne.

II. Immunité de la Couronne – Principe général

Le débat en l'espèce portait sur l'interprétation de l'article 17 de la *Loi d'interprétation,* qui codifie le principe de l'immunité de la Couronne établi par la *common law.*

L'immunité de la Couronne n'est pas absolue; elle peut être repoussée par :

> [...] (1) des termes qui lient expressément la Couronne; (2) une intention qui ressort lorsque les dispositions sont interprétées dans le contexte d'autres dispositions; et (3) une intention de lier lorsqu'il résulterait une absurdité, par opposition à un résultat non souhaité, si l'État n'était pas lié. Toute exception par déduction nécessaire à la règle habituelle de l'immunité de la Couronne devrait être de portée très restreinte.[b]

La Commission a convenu avec les parties que la *Loi* ne liait pas expressément la Couronne. Il importait donc de déterminer si la *Loi* liait la Couronne de façon nécessairement implicite parce que cela ressortait d'une interprétation téléologique de ses dispositions. Compte tenu de la conclusion à laquelle la Commission est arrivée, il ne fut pas nécessaire d'établir si une absurdité résulterait du fait que la Couronne ne soit pas liée.

---

[a] L.R.C., 1985, ch. I-21.

[b] *AGT c. CRTC* [1989] 2 R.C.S. 225, à la p. 282.

Le 5 janvier (décision) et le 15 mars 2012 (motifs) – Tarif d'Access Copyright pour les gouvernements provinciaux et territoriaux, 2005-2014 (demande d'immunité de la Couronne)

Access a déposé des projets de tarifs de redevances pour la reproduction d'œuvres de son répertoire par les fonctionnaires des gouvernements provinciaux et territoriaux, à l'exception du Québec.

Les gouvernements de l'Alberta, de l'Île-du-Prince-Édouard, du Manitoba, du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, du Nunavut, de la Saskatchewan et de Terre-Neuve-et-Labrador ont contesté la légalité des tarifs proposés; ils invoquaient l'immunité de la Couronne. Access a soutenu que cette doctrine n'entrait pas en jeu, ajoutant que dans le cas contraire, la *Loi sur le droit d'auteur* s'appliquerait à la Couronne par déduction nécessaire ou par suite de la renonciation des opposants à l'immunité dont ils pourraient jouir par ailleurs.

Les parties ont, par requête conjointe, demandé à la Commission de statuer sur la question dans le cadre d'une audience préliminaire sur exposé conjoint des faits. La Commission a accédé à la requête; elle a entendu l'affaire le 27 septembre 2011.

Le 5 janvier 2012, la Commission rendait sa décision, avec motifs à suivre. Elle a rejeté la revendication des opposants au motif que la *Loi* lie la Couronne par déduction nécessaire. Le 15 mars 2012, la Commission publiait les motifs de sa décision.

I. Questions préliminaires

Le principe d'immunité de la Couronne entre-t-il en jeu?

Avant d'aborder le fond, soit l'immunité des opposants à l'égard de la *Loi*, il importait de déterminer si le principe même d'immunité de la Couronne entrait en jeu. Access prétendait que non.

Access soutenait d'abord que la *Loi* ne cause pas préjudice à la Couronne. Access avançait que la *Loi* sert les intérêts de la Couronne, par exemple en lui attribuant la jouissance de droits sur ses propres œuvres. Comme la Couronne ne subissait aucun préjudice, le principe de l'immunité n'entrait pas en jeu.

La Commission a rejeté cet argument. Les dispositions spécifiques à l'égard desquelles les opposants invoquaient l'immunité concernent l'homologation par la Commission d'un tarif pour la reproduction d'œuvres littéraires par des gouvernements provinciaux ou territoriaux, aux termes duquel la Couronne serait tenue d'acquitter des redevances et de respecter certaines conditions pour la reproduction d'œuvres publiées. Il s'agit là d'un exemple de préjudice certain et précis faisant effectivement jouer l'immunité de la Couronne.

Access prétendait aussi que le principe de l'immunité ne s'appliquait pas parce qu'il entrait en conflit avec la règle proscrivant l'expropriation sans juste indemnisation. Elle affirmait que le droit d'auteur est un droit de propriété, et que, selon la *common law*, un gouvernement ne peut exproprier sans juste indemnité en l'absence d'une intention législative exprimée en termes clairs et non ambigus.



Quatrièmement, la preuve disponible tendait à démontrer qu'Access et ses éditeurs ne s'étaient pas concertés. Le refus d'octroyer directement des licences transactionnelles numériques semblait entre autres s'inscrire dans une tendance, indépendante de la présente instance, voulant que les éditeurs sous-traitent à des organismes de centralisation l'octroi de licences numériques, faute de personnel suffisant pour gérer les demandes d'autorisation à la pièce. Access avait avisé ses éditeurs d'une conséquence que pourrait entraîner l'octroi de licences : les copies d'œuvres faisant partie du répertoire d'Access autorisées directement par un éditeur d'Access seraient soustraites du calcul des redevances éventuelles. Il s'agit là d'un élément de réalité; en informer ses membres relevait du bon sens, non du complot.

Cinquièmement, les allégations voulant qu'Access exerce un pouvoir de monopole sont restées non prouvées. Access est au plus un monopole naturel qui exerce un pouvoir de marché fondé sur sa capacité à offrir des économies d'échelle aux titulaires de droits et aux utilisateurs. Or, l'AUCC soutient également qu'Access est en concurrence avec ses éditeurs et d'autres éditeurs et auteurs.

Sixièmement, un régime de licences transactionnelles soulève nécessairement des questions liées à la surveillance, surtout dans un cadre aussi décentralisé que celui des établissements. Au lieu de proposer des mécanismes susceptibles de rassurer la Commission et Access sur le contrôle de conformité, les opposants demandaient que la licence transactionnelle soit exemptée de toutes les dispositions du tarif. Or, l'établissement de rapports, la surveillance et la vérification sont des éléments clés de la plupart des régimes de licences. L'absence de telles dispositions serait une invitation à contrefaçon et est impensable.

Septièmement, la gestion des licences transactionnelles tend à être coûteuse.

Huitièmement, les documents que les opposants avaient déposés contenaient tellement de contradictions explicites ou implicites qu'il devenait difficile d'attacher foi à leurs déclarations. Par exemple, la possibilité d'effectuer des copies numériques des œuvres figurant dans le répertoire d'Access ne peut tout à la fois avoir si peu de valeur qu'elle ne requiert pas l'établissement d'un tarif et revêtir une importance à ce point cruciale qu'elle exige un accès généreux aux licences transactionnelles.

Neuvièmement, permettre la délivrance de licences transactionnelles en vertu du tarif provisoire pourrait donner aux établissements un faux sentiment de sécurité. Une licence délivrée en vertu du tarif provisoire ne clorait pas la question. Si le tarif définitif prévoit uniquement une redevance ÉTP, l'établissement qui s'est prévalu d'une licence transactionnelle provisoire devra alors, sauf disposition contraire, payer le plein prix.

Enfin, la prépondérance des inconvénients jouait en faveur d'Access.

La Commission a indiqué que le redressement proposé par le professeur Katz n'était pas de son ressort. On ne doit pas confondre le pouvoir de réglementer comment une société de gestion se conduit avec les utilisateurs, qui est du ressort de la Commission, avec celui de réglementer comment des titulaires de droits associés à cette société se conduisent avec ces mêmes utilisateurs, qui ne l'est pas.



À l'appui de sa demande, l'AUCC invoquait les arguments suivants. Le tarif provisoire cherche à maintenir le *statu quo*. Access violait le *statu quo* en refusant systématiquement les demandes de licence transactionnelle dans le but de forcer les établissements à opter pour le tarif. Access avait incité les éditeurs qui lui sont affiliés à cesser d'accorder des licences transactionnelles; nombre d'entre eux avaient suivi la consigne. Le refus de négocier des licences transactionnelles dénotait une mauvaise foi s'apparentant à de l'inconduite. Access abusait de son pouvoir de monopole.

Un autre opposant, le professeur Ariel Katz, partageait le diagnostic de l'AUCC mais proposait plutôt que la Commission force les éditeurs d'Access à offrir des licences transactionnelles à des conditions raisonnables. L'ACCC appuyait l'AUCC pour l'essentiel, mais laissait à la Commission le soin de choisir le redressement approprié.

En réponse, Access a soutenu que, d'une part, l'offre passée de licences transactionnelles était plus limitée que les opposants le prétendaient. Access accordait ces licences aux seuls établissements qui payaient la redevance ÉTP. Pour la copie papier, de telles licences n'étaient accordées que pour les utilisations qui n'étaient pas autorisées par la licence générale. En outre, une licence transactionnelle numérique était offerte uniquement parce que l'AUCC et l'ACCC refusaient que leur licence type couvre ce genre de copies. D'autre part, Access soutenait avoir agi de bonne foi. Si elle avait avisé ses éditeurs des conséquences que pourrait entraîner l'octroi de licences transactionnelles, elle n'avait pas tenté de dicter leur conduite. Elle les avait même avisés qu'ils pouvaient toujours traiter directement avec les établissements. Enfin, la licence transactionnelle était mal adaptée aux utilisations numériques dans le contexte de l'enseignement postsecondaire, où l'utilisation d'œuvres protégées est étendue, dispersée et décentralisée.

La Commission a rejeté les demandes de modification du tarif provisoire, pour les motifs qui suivent :

Premièrement, l'AUCC et l'ACCC avaient antérieurement demandé que le tarif provisoire reflète les accords de licence préexistants tout en autorisant les établissements à traiter directement avec les titulaires de droits. C'est précisément ce que fait le tarif provisoire. De plus, le refus d'Access de négocier à la pièce n'équivaut pas à de l'inconduite. Access est à première vue justifiée de s'appuyer sur le tarif provisoire et de laisser le processus réglementaire suivre son cours.

Deuxièmement, l'AUCC demandait quelque chose que les établissements n'avaient jamais eu ou avaient rarement utilisé. D'après le dossier, et ce depuis au moins depuis 2004, Access n'avait octroyé de licences transactionnelles pour la copie imprimée ou numérique qu'aux établissements qui versaient la redevance ÉTP et uniquement pour des utilisations non autorisées par la licence générale. Le nombre de demandes de licences transactionnelles numériques a été minime.

Troisièmement, dès lors qu'un tarif existe, une société de gestion devrait pouvoir s'en remettre à ce tarif. Par conséquent, le fait qu'une société de gestion refuse de répondre aux demandes d'utilisateurs hors du cadre du tarif n'équivaut pas à une inconduite justifiant l'intervention de la Commission.

Le tarif provisoire ne traitait pas de la question. Le fait qu'il prévoie une « redevance annuelle » semblait impliquer que l'assujettissement est annuel, mais rien n'indiquait si c'est l'année scolaire ou civile qu'il faut utiliser. En vertu des licences qui régissaient les liens d'affaires entre les parties avant que le tarif provisoire prenne effet, la question ne se soulevait pas puisque la durée de la licence reflétait l'année scolaire. Le tarif, par contre, vise l'année civile.

Le 21 janvier 2011, l'AUCC et l'Association des collèges communautaires du Canada (ACCC) demandaient à la Commission de trancher la question. Dans sa décision du 7 avril modifiant le tarif provisoire, la Commission, après avoir pris acte de l'ambiguïté, concluait que pour l'instant, la seule façon de composer avec les exigences de l'environnement dans lequel opèrent les établissements était qu'ils soient facturés en fonction de l'année scolaire.

Le 17 mai 2011, Access demandait que la Commission clarifie que le tarif provisoire et les redevances payables en vertu de celui-ci étaient liés à l'année civile.

Le 28 juin 2011, la Commission écrivait que la question pertinente en l'espèce n'était pas de savoir si un tarif homologué devait viser une ou plusieurs années civiles, mais bien si l'assujettissement au tarif devait être fonction de l'année civile. De l'avis de la Commission, cela n'est pas nécessairement le cas. L'assujettissement aux tarifs peut être fonction de plusieurs facteurs, par exemple, un événement ponctuel (un concert) ou une période dans le temps (le mois, dans le cas de la radio commerciale). Si la période d'effet d'un tarif homologué doit viser une ou plusieurs années civiles, la formule de paiement et les dates auxquelles il faut décider si on se prévaut ou non du tarif peuvent être fonction de ce que la Commission voudra bien décider.

En l'espèce, la Commission a conclu que la résolution de l'ambiguïté devait s'appuyer sur le principe que le tarif provisoire devait refléter le plus possible les ententes les plus récentes conclues entre les parties. Ces ententes visaient l'année scolaire entière. Par conséquent, aux fins du tarif provisoire, tant l'assujettissement au tarif que le montant des redevances devaient être fonction de l'année scolaire.

La Commission a modifié le tarif provisoire de façon à refléter ce principe. Cela dit, plutôt que de dicter le libellé des modifications, elle a demandé à son avocat général de chercher à s'entendre avec les parties sur des modifications qui entraîneraient ce résultat. Une entente est intervenue; elle est reflétée dans la décision de la Commission du 8 septembre 2011.

Le 23 septembre 2011 – Tarif d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013 (demande de modification du tarif provisoire : licence transactionnelle)

Le 8 juin 2011, l'AUCC demandait à la Commission de modifier le tarif provisoire du 23 décembre 2010. L'établissement d'enseignement qui veut se prévaloir de ce tarif doit verser un montant fixe par année scolaire par ÉTP. L'AUCC souhaitait obliger Access à accorder une licence pour l'utilisation à la pièce d'une œuvre donnée (« licence transactionnelle ») aux établissements qui avaient choisi de ne pas verser la redevance ÉTP.

Dans la décision accompagnant le tarif, la Commission invitait les parties à proposer les changements qu'elles pourraient juger utiles ou nécessaires. La décision citée en rubrique disposait des demandes de modification déposées suite à cette invitation. Les principales modifications apportées étaient les suivantes :

- L'article 70.191 de la *Loi* prévoit que dans le régime général, l'entente a préséance sur le tarif. Néanmoins, à la demande des parties, la Commission a ajouté au tarif provisoire une disposition qui énonce ce qui est par ailleurs évident;
- Des précisions à la définition d'équivalent temps plein (ÉTP) ont été apportées;
- On a clarifié le fait que le tarif provisoire ne permet pas de copier la musique en feuille;
- La Commission a refusé de modifier les dispositions traitant des copies sur support de substitution ou sur microfiches, les jugeant suffisamment claires. Elle a toutefois accepté de supprimer les obligations de rapport à l'égard de ces copies;
- À la demande des opposants, on a supprimé une disposition exigeant qu'un établissement tienne Access au courant des communications qui la mentionnent;
- Le libellé des affiches d'information que les établissements doivent placer près des appareils de copie a été modifié;
- On a fait passer de 15 à 20 pour cent la part d'un ouvrage qu'on peut insérer dans un recueil de cours;
- Les modalités de la licence pour les copies numériques faites conformément à l'annexe G ont été passablement modifiées. Entre autres, les exigences de paiement et de rapport ont été supprimées.

Le 28 juin et le 8 septembre 2011 – Tarif d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013 (demande de modification du tarif provisoire : année scolaire)

L'alinéa 14a) du tarif provisoire que la Commission avait adopté le 23 décembre 2010 stipule que :

> 14. L'Établissement verse à Access Copyright les montants suivants :
>
> a) pour l'ensemble des copies faites en application de l'article 2a) du tarif, une redevance annuelle calculée en multipliant l'ÉTP par 3,58 $ pour l'Établissement qui a signé la *Proprietary College Licence* et par 3,38 $ pour les autres Établissements;

La notion d'équivalent temps plein (ÉTP) est nécessairement liée à l'année scolaire, du 1er septembre d'une année civile au 31 août de l'année suivante. La *Loi*, par contre, stipule qu'un projet de tarif doit prévoir des périodes d'effet d'une ou plusieurs années civiles.

L'Association des universités et collèges du Canada (AUCC) a soutenu que s'il est vrai qu'un projet de tarif doit être déposé à l'égard d'une ou plusieurs années civiles, le tarif homologué, lui, n'a pas à respecter cette règle; en l'espèce, l'assujettissement au tarif provisoire est fonction de l'année scolaire. De son côté, Access prétendait que comme un tarif doit être homologué pour une ou plusieurs années civiles, l'assujettissement d'un établissement devrait aussi être fonction de l'année civile.

Régime général



Arrière-plan

Les articles 70.12 à 70.191 de la *Loi* accordent aux sociétés de gestion qui ne sont pas assujetties à un régime spécifique l'option de procéder par dépôt de projets de tarifs auprès de la Commission. Le processus d'examen et d'homologation de ces tarifs est le même que dans les régimes spécifiques. Le tarif homologué est opposable à tous les utilisateurs, sauf que contrairement aux régimes spécifiques, les ententes conclues en vertu du régime général ont préséance sur le tarif.

Dépôt de projets de tarifs

En mars 2012, les projets de tarifs suivants ont été déposés auprès de la Commission en application de l'article 70.13 de la *Loi* :

- Tarif déposé par *Access Copyright* pour la reproduction, au Canada, pour les années 2013 à 2015, d'œuvres dans son répertoire à des fins d'enseignement élémentaire ou secondaire;
- Tarif déposé par ACTRA PRS/MROC pour la reproduction, au Canada, de prestations d'artistes-interprètes par les stations de radio commerciales pour l'année 2013;
- Tarifs déposés par CMRRA-SODRAC Inc. (CSI) pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par les stations de radio commerciales, les services de musique en ligne, et les services de radio par satellite, tous pour l'année 2013;
- Tarifs déposés par la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) pour la reproduction d'œuvres musicales incorporées dans une vidéo de musique, au Canada, par les services de musique en ligne et pour la reproduction d'œuvres musicales incorporées à des œuvres cinématographiques, pour l'année 2013.

Audiences

Au cours de l'exercice financier 2011-2012, la Commission a tenu une audience (le 27 septembre 2011), laquelle portait sur la question de savoir si le concept de l'immunité de la Couronne libère les gouvernements provinciaux et territoriaux de l'exigence de payer les redevances pour les reproductions reprographiques des œuvres protégées.

Décisions

Cinq décisions ont été rendues au cours de l'exercice financier, comme suit :

Le 7 avril 2011 – Tarif d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013 (modification au tarif provisoire)

Le 23 décembre 2010, la Commission homologuait le *Tarif provisoire d'Access Copyright pour les établissements d'enseignement postsecondaires, 2011-2013.*

Troisièmement, la SOCAN n'a pas fourni de véritable justification économique pour les taux qu'elle avait proposés. Lorsqu'on cherche à faire modifier le *statu quo*, il est difficile, voire impossible, d'établir un taux, même provisoire, en l'absence d'éléments de preuve concernant la valeur de ces utilisations.

Plusieurs autres aspects militaient contre une décision provisoire. La SOCAN a-t-elle droit à un tarif? Dans l'affirmative, qui devrait le payer? Quelle est l'assiette tarifaire adéquate? Il s'agit de questions complexes qui touchent à la structure fondamentale de tout tarif, provisoire ou final. Il était impossible d'y répondre sans un quelconque fondement probatoire, et donc préférable de le faire dans le cadre de la demande principale.

Finalement, l'absence de tarif provisoire n'entraînait pas d'effets nuisibles auxquels il ne pourrait être remédié par la fixation du tarif final. Si la SOCAN établit le bien-fondé de sa demande et que le tarif est homologué suivant les modalités qu'elle propose, elle recevra de façon rétroactive les redevances auxquelles ses membres ont droit.

Le 13 juin 2011, la SOCAN a demandé à la Commission d'adopter un tarif provisoire. En ce qui a trait au tarif 22.D, elle proposait le même taux que ce que paient les radiodiffuseurs assujettis au tarif 2.A (Stations de télévision commerciales) ou 17 (Transmission de services de télévision payante, services spécialisés et autres services de télévision par des entreprises de distribution), soit 1,9 pour cent des revenus publicitaires ou d'abonnement de ces sites ou services. Pour le tarif 22.G, elle proposait 6,8 pour cent des revenus publicitaires pour les vidéoclips, et 1,9 pour cent pour tout autre contenu audiovisuel.

Au soutien de sa demande, la SOCAN invoquait que les utilisateurs visés par les projets de tarifs génèrent des recettes considérables, dont une bonne partie est attribuable à l'utilisation de musique. L'absence d'un tarif applicable, et le fait que la Commission ne rendrait sans doute pas de décision finale avant 2013 porteraient préjudice à ses membres, qui ne reçoivent aucune compensation pour l'utilisation de leurs œuvres, et aux utilisateurs, qui ne connaissent pas l'étendue de leurs obligations vis-à-vis la SOCAN. Une décision provisoire permettrait de combler ce vide juridique.

Les opposants soutenaient que la SOCAN n'avait pas établi qu'elle répondait aux critères permettant d'obtenir une mesure provisoire. Les utilisateurs visés sont pour la plupart connus de la SOCAN et on peut présumer qu'ils ont les ressources nécessaires pour payer le tarif final une fois qu'il aura été fixé. Les opposants ont aussi souligné que la Cour suprême du Canada était saisie de la question de savoir si le téléchargement constitue une communication au public par télécommunication; il en découlait une incertitude juridique quant au pouvoir de la Commission d'homologuer le tarif.

La Commission a rejeté la demande de tarif provisoire de la SOCAN.

Règle générale, la meilleure façon d'atteindre les objectifs d'une décision provisoire est de maintenir le *statu quo* tout en évitant un vide juridique. Pour déterminer la nature du *statu quo* en l'espèce, il fallait examiner le dernier tarif homologué, qui ne prévoit pas le paiement de redevances pour les diffusions web audiovisuelles ou le contenu généré par l'utilisateur. La question fondamentale était donc de savoir si la Commission devait consentir à un tarif provisoire alors qu'un tarif définitif antérieur n'existait pas.

La Commission a conclu que plusieurs raisons justifiaient le rejet de la demande. Premièrement, la SOCAN demandait un tarif provisoire visant les utilisations alors que les tarifs présentement homologués visent les utilisateurs. Aucune preuve n'a été présentée justifiant de s'écarter du modèle de tarif existant. La SOCAN peut tenter de convaincre la Commission de le faire lors de l'examen du tarif définitif.

Deuxièmement, le tarif provisoire proposé visait nommément les sites qui offrent un contenu généré par l'utilisateur alors que le projet de tarif définitif cherche à percevoir des redevances *relatives à* la communication d'œuvres musicales à partir de ces sites, sans identifier les payeurs. Il n'est pas logique d'adopter, dans le cadre d'un tarif provisoire, un modèle qui s'écarte considérablement du tarif final proposé, d'autant plus que le débat subsiste quant à savoir qui devrait être assujetti à ce tarif. À cet égard, il ne fait aucun doute que certains opposants feront valoir qu'ils ne communiquent pas les œuvres au public, mais fournissent plutôt à des tiers les moyens nécessaires pour que ceux-ci effectuent une communication au public.

La Commission a rejeté la prétention de Ré:Sonne selon laquelle le taux des centres d'activité physique est un point de référence approprié pour celui des aires de danse au motif que leurs modèles d'affaires sont différents et qu'ils font des utilisations différentes de musique. La Commission a également noté que la valeur de la musique pour les aires de danse est plus grande que pour les centres d'activité physique puisque la musique est nécessaire et généralisée dans les premiers alors qu'elle est partielle et optionnelle dans les seconds. Elle a accepté la proposition des opposants d'utiliser le tarif 18 de la SOCAN comme point de référence et d'appliquer une réduction de 50 pour cent pour l'utilisation du répertoire. Elle a noté que bien qu'aucune analyse de l'utilisation du répertoire n'ait été réalisée, le rajustement était acceptable puisque Ré:Sonne et les opposants ne s'y opposent pas.

Pour obtenir le taux, la Commission a donc ajusté le tarif 18 de la SOCAN pour tenir compte de l'utilisation du répertoire et de l'inflation. Les taux annuels homologués sont :

	Jours d'ouverture	
Mois d'opération	**1 à 3 jours**	**4 à 7 jours**
6 mois ou moins	151,19 $	302,38 $
Plus de 6 mois	302,38 $	604,76 $

Ces taux sont majorés par 10 pour cent pour chaque 20 clients de capacité dépassant 100 clients.

Le 30 janvier 2011 – Tarif 6.A de Ré:Sonne – Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités de danse, 2008-2012 (demande de modification)

Le 12 décembre 2011, *Montage Management Inc.* a demandé à la Commission de modifier le Tarif 6.A de façon à ce que les montants dus selon le tarif soient payables sur une période d'un an se terminant en 2012. Ré:Sonne s'est opposée à une telle modification. La Commission a rejeté la demande, essentiellement parce que la demande vise des questions à l'égard de l'application d'un tarif, qui relèvent de façon générale des tribunaux.

Montage a demandé une revue judiciaire de la décision de la Commission. L'affaire était en cours à la fin de la période du présent rapport.

Le 17 février 2012 – Tarifs 22.4 (2007-2008) et 22.D (2009-2011) de la SOCAN [tarif 22.D] – Diffusions web audiovisuelles; Tarifs 22.7 (2007-2008) et 22.G (2009-2011) de la SOCAN [tarif 22.G] – Contenu audiovisuel généré par l'utilisateur (demande de tarif provisoire)

La SOCAN a déposé des projets de tarifs pour l'utilisation de son répertoire dans les diffusions web audiovisuelles (tarif 22.D) et le contenu généré par l'utilisateur transmis sur Internet (tarif 22.G). La Commission a regroupé l'examen de ces projets de tarifs.

Le 15 juillet 2011 – Tarif 6.A de Ré:Sonne (Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités de danse, 2008-2012)

Le 30 mars 2007, Ré:Sonne a déposé son premier projet de tarif des redevances à percevoir pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication pour l'utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques ou de danse pour les années 2008 à 2012. Les projets pour les activités physiques et la danse ont été déposés et examinés ensemble mais les deux tarifs ont été scindés à l'étape de la décision.

Bien qu'aucune opposition n'ait été déposée auprès de la Commission avant la date butoir, sept parties ont demandé l'autorisation d'intervenir dans la présente affaire près de dix mois plus tard. La Commission leur a accordé le droit d'intervention avec pleins droits de participation. Seules deux parties ont présenté une preuve à l'encontre du projet de tarif pour la danse : l'*Alliance of Beverage Licensees of British Columbia* (ABLE BC), une association commerciale, et l'Association canadienne des restaurateurs et des services alimentaires (CRFA), la plus grande association d'accueil au Canada.

Ré:Sonne proposait un taux mensuel de 3,62 $ multiplié par la capacité de l'aire de danse. Pour déterminer ce taux, elle utilisait celui qu'elle avait proposé à l'égard des centres d'activité physique, après rajustement en fonction de l'utilisation du répertoire et pour tenir compte des unités de mesure différentes (taux par capacité en personne plutôt que par membre).

Ré:Sonne a présenté le témoignage de deux experts, M^{me} Bernardino et M. McHale, qui ont soutenu qu'un tarif juste pour les centres d'activité physique serait de 8 pour cent du revenu, rajusté à 4 pour cent pour l'utilisation du répertoire. Leur prétention comporte trois étapes. D'abord, M^{me} Bernardino a calculé la valeur de la musique enregistrée pour les membres des centres d'activité physique en utilisant une enquête et un modèle estimé de choix discrets. Ensuite, M. McHale a utilisé cette valeur pour calculer la valeur de la musique enregistrée pour les centres d'activité physique. Finalement, Ré:Sonne a fait valoir que la musique possède une valeur inhérente plus élevée pour les aires de danse que pour les centres d'activité physique (avant d'ajuster pour le répertoire). Ré:Sonne a ensuite déposé de la preuve à l'égard du revenu moyen des aires de danse, qu'elle a utilisée pour convertir son taux basé sur les revenus à un taux basé sur l'assistance.

ABLE BC a soutenu que les éléments de preuve présentés par Ré:Sonne n'étaient pas représentatifs des aires de danse, parce qu'ils mettaient l'emphase sur les boîtes de nuit au lieu de tenir compte des pubs et autres établissements qui seraient aussi visés par le tarif. Les propriétaires des aires de danse ont affirmé qu'ils seraient forcés de réexaminer leur utilisation de musique enregistrée aux fins de danse s'ils devaient payer le tarif. ABLE BC et CRFA ont soutenu que le tarif 18 de la SOCAN (musique enregistrée utilisée aux fins de danse) devrait servir de référence pour celui de Ré:Sonne. ABLE BC a proposé que le taux ne dépasse pas la moitié du tarif 18 de la SOCAN.

équitable entre les utilisateurs de musique et les ayants droit et pour empêcher que le tarif ne soit lui-même une source d'inflation dans un secteur particulier de l'économie. Ces considérations n'étaient plus suffisamment pertinentes pour justifier cette réduction de l'IPC par un pour cent.

Par la suite, la Commission a utilisé le tarif de la SOCAN pour déterminer le tarif de Ré:Sonne. Par analogie à la décision de 1993 sur la retransmission, la Commission a créé le concept des impressions musicales qui mesurent le nombre d'heures passées à écouter de la musique protégée sur les ondes de la radio de la SRC. Les impressions musicales tiennent compte de toute variation dans la quantité de musique écoutée à la SRC, peu importe leur cause. Elles peuvent aussi tenir compte du déplacement de musique aux « stations de musique ». De manière plus importante, la mesure des impressions musicales permet d'exclure de tout calcul la question de la pondération des quatre stations de radio conventionnelle de la SRC.

La Commission a conclu que le ratio des impressions musicales du répertoire de Ré:Sonne à celles de la SOCAN est de 77,32 pour cent. Elle a ajusté le tarif de Ré:Sonne en conséquence.

Enfin, la Commission a rajusté les redevances pour tenir compte de la diffusion simultanée. Elle est convenue avec la SRC que la diffusion simultanée doit être incluse dans le tarif principal, mais a noté qu'elle dispose de bien peu de données sur lesquelles fonder un tarif pour la diffusion simultanée. Elle n'a donc pas établi pour l'instant les redevances pour la diffusion simultanée en fonction des revenus qu'elle génère. La Commission a plutôt calculé que les auditeurs de la diffusion simultanée constituent 1,22 pour cent des auditeurs traditionnels. Les redevances de la SOCAN et Ré:Sonne ont toutes deux été conséquemment majorées.

Après tous les rajustements, les tarifs mensuels ont été fixés à 136 506,30 $ pour la SOCAN et 105 544,53 $ pour Ré:Sonne, en 2008. Les taux rétroactifs ont été assujettis à l'intérêt. La Commission a été d'avis qu'il faut généraliser l'utilisation des facteurs d'intérêts. Le tableau suivant montre les paiements annuels pour la SRC.

Redevances de la SOCAN et de Ré:Sonne

Année	Redevances de la SOCAN	Redevances de Ré:Sonne	Redevances totales
2006	1 587 776,75 $	1 223 510,57 $	2 811 287,32 $
2007	1 605 401,08 $	1 237 091,54 $	2 842 492,61 $
2008	1 643 609,62 $	1 266 534,31 $	2 910 143,93 $
2009	1 669 743,01 $	1 286 672,21 $	2 956 415,22 $
2010	1 704 640,64 $	1 313 563,66 $	3 018 204,30 $
2011	1 738 733,46 $	1 339 834,93 $	3 078 568,39 $

Ré:Sonne a demandé que la Commission continue d'établir ses redevances en fonction de celles de la SOCAN; toutes les parties ont convenu que cette approche était acceptable.

À l'appui de leurs prétentions, les sociétés de gestion ont déposé une preuve à l'égard de l'évolution de l'utilisation de la musique sur la radio de la SRC, y compris l'utilisation de leur répertoire respectif. Les deux sociétés de gestion ont exprimé des réserves quant à la fiabilité des registres de la radio de la SRC.

La SRC voudrait que les redevances à la SOCAN soient calculées comme un pourcentage de ses frais d'exploitation. Elle s'est opposée à l'utilisation de la formule tarifaire de 1991, en faisant valoir qu'il est injuste de lier le montant des redevances à verser au revenu d'un tiers dont le mandat et le modèle d'affaires sont complètement différents. La SRC a appelé quatre témoins qui ont affirmé qu'il y a des différences clés entre les radiodiffuseurs commerciaux et la SRC. La SRC a également soutenu que la diffusion simultanée de ses signaux hertziens devait être incluse dans le tarif principal.

La Commission a rejeté l'utilisation de la formule de 1991. Elle a conclu que la plupart des assertions qui sous-tendent la formule de 1991 sont désormais critiquables ou tout simplement fausses. La formule utilisait les revenus de la radio commerciale pour déterminer combien devrait payer la SRC; cependant, l'écart entre la radio commerciale et la radio de la SRC est devenu trop grand pour permettre l'utilisation de la formule de 1991 en 2011. La Commission a reconnu le caractère unique de la SRC et admis qu'il fallait en tenir compte dans toute analogie entre celle-ci et la radio commerciale.

La Commission a rejeté la proposition de la SRC visant à calculer le tarif de la radio en pourcentage de ses frais d'exploitation de la radio. Non seulement cette approche ne permet pas de prendre en compte sa part d'auditoire ou son utilisation de musique, mais elle établit aussi le tarif à partir des dépenses de la SRC plutôt qu'à partir de la valeur de la musique.

La Commission a conclu que les formules tarifaires proposées par chacune des parties sont inadmissibles. La Commission a utilisé le montant que la formule de 1991 a généré comme point de départ parce que, bien qu'ayant rejeté la formule de 1991, rien n'a démontré que l'application de la formule en 1991 a mené à un résultat injuste.

La Commission a ajusté le montant pour tenir compte de l'utilisation de la musique, de l'auditoire et de l'inflation. Elle a d'abord utilisé les données fournies par les sociétés de gestion pour calculer combien de musique la SRC a utilisée en 1991 et en 2008. La Commission a comparé la quantité des « impressions musicales » pour les deux années, définies comme le produit des heures de diffusion (c.-à-d. le nombre de minutes de musique utilisée par la SRC) et le nombre d'heures d'écoute, pour déterminer la redevance appropriée pour 2008. Les redevances pour les autres années ont été déterminées par l'interpolation ou l'extrapolation.

Ensuite, la Commission a considéré que les tarifs de la radio de la SRC devraient croître avec l'inflation. Elle a décidé que l'IPC demeure la meilleure mesure de l'inflation pour préserver le pouvoir d'achat et convenu de recourir à l'IPC de janvier 1991 à décembre 2008, sans correction supplémentaire. Dans le passé, elle a utilisé l'IPC moins un pour cent pour assurer un traitement

Exécution publique de la musique



Arrière-plan

Le régime prévu aux articles 67 et suivants de la *Loi* s'applique à l'exécution publique ou la communication au public par télécommunication de la musique. La musique fait l'objet d'une exécution publique lorsqu'elle est chantée ou jouée dans un endroit public, soit dans une salle de concert, un restaurant, un stade de hockey, sur la place publique ou ailleurs. La musique est communiquée au public par télécommunication lorsqu'elle est transmise à la radio, à la télévision ou sur Internet. Les sociétés de gestion perçoivent auprès des utilisateurs les redevances prévues dans les tarifs homologués par la Commission.

Dépôt de projets de tarifs

Le 30 mars 2012, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) et Ré:Sonne Société de Gestion de la Musique (Ré:Sonne) ont déposé leur projet de tarifs respectif pour l'année 2013; certains tarifs portent sur plusieurs années. Les projets de tarifs déposés par Ré:Sonne incluent des nouveaux tarifs pour les événements sportifs, les spectacles d'humour et de magie, les concerts et les divertissements pour adultes.

Audiences

Au cours de l'exercice financier, la Commission n'a tenu aucune audience.

Décisions

Quatre décisions ont été rendues au cours de l'exercice financier, comme suit :

Le 8 juillet 2011 – Tarifs SOCAN-Ré:Sonne à l'égard de la radio de la SRC, 2006-2011

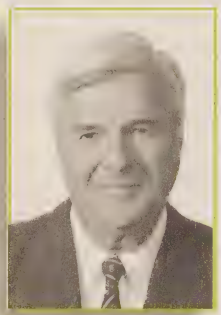
En décembre 2009, la Commission a tenu des audiences pour déterminer les redevances de la SOCAN et de Ré:Sonne à être payées par la Société Radio-Canada (SRC) pour les années 2006 à 2011. La Commission a examiné si les redevances payées par la SRC devaient être liées à celles payées par les stations de la radio commerciale; elle a conclu qu'elles ne devraient pas l'être. Puisqu'aucune des parties n'a présenté de formule cohérente pour déterminer les tarifs, la Commission a proposé la sienne et a homologué les tarifs qui en découlent.

La SOCAN demandait des redevances de 3 254 561 $ pour 2006, 3 736 542 $ pour 2007 et 4 027 525 $ pour chaque année de 2008 à 2010 (2011 n'a été ajouté qu'après les audiences). Ceci constituait une hausse significative par rapport aux redevances de 1 486 836 $ homologuées pour 2005. La SOCAN a demandé que la formule utilisée en 1991 pour calculer les redevances applicables à la radio de la SRC soit rétablie. Trois éléments étaient donc à la base de ce que la SOCAN demandait : les redevances que les stations de radio commerciales versent à la SOCAN, l'utilisation que la radio de la SRC fait du répertoire de la SOCAN par rapport à la radio commerciale, et la part d'auditoire de la radio de la SRC par rapport à celle de la radio commerciale. Les augmentations importantes que propose la SOCAN découlent d'augmentations proportionnelles de l'utilisation de musique et de la part d'auditoire.

Commissaires



M^e Jacinthe Théberge a été nommée à temps plein en mai 2007 pour un mandat de cinq ans. Avant de se joindre à la Commission, M^e Théberge a pratiqué le droit au Centre communautaire juridique de l'Outaouais dans les domaines de droit civil et administratif. Elle a été membre à temps partiel du Tribunal canadien des droits de la personne de 1991 à 2003. Récemment, elle a travaillé en planification stratégique à titre de conseillère et d'analyste dans les secteurs des communications et des technologies de la santé. M^e Théberge est diplômée de l'Université de Montréal (LL.B. en 1972).



M^e J. Nelson Landry a été nommé en février 2010 comme commissaire à temps partiel pour cinq ans. Jusqu'à tout récemment, M^e Landry occupait le poste d'arbitre en propriété intellectuelle. De 2002 à 2005, il a travaillé à l'Institut canadien de la propriété intellectuelle où il donnait le cours de formation d'agent de brevets – Contrefaçon et validité. En 2003, il a enseigné à temps partiel à l'Université de Montréal et de 1969 à 2002, M^e Landry était associé principal au cabinet Ogilvy Renault. M^e Landry est diplômé de l'Université de Montréal où il a obtenu un baccalauréat ès arts en 1959 et un baccalauréat ès sciences en 1965. Il a également gradué en droit civil à l'Université McGill en 1968 et est membre du Barreau du Québec depuis 1969.

*Note : Des renseignements détaillés concernant les ressources de la Commission, y compris son budget des dépenses, figurent dans son Rapport sur les plans et priorités pour 2012-2013 (Partie III du Budget des dépenses) et dans son Rapport de rendement pour 2011-2012. Ces documents sont ou seront sous peu affichés sur le site Web de la Commission (**www.cda-cb.gc.ca**).*

Régie interne de la Commission

Les commissaires sont nommés par le gouverneur en conseil à titre inamovible pour un mandat d'au plus cinq ans, renouvelable une seule fois.

La *Loi* précise que le président doit être un juge, en fonction ou à la retraite, d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou d'une cour de district. Celui-ci dirige les travaux de la Commission et répartit les tâches entre les commissaires.

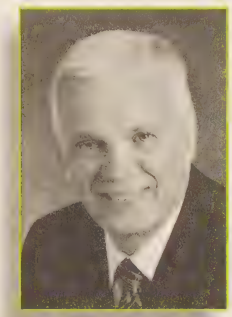
La *Loi* désigne le vice-président comme le premier dirigeant de la Commission. À ce titre, il assure la direction de la Commission et contrôle la gestion de son personnel.

Président



L'honorable William J. Vancise, juge de la Cour d'appel de la Saskatchewan, a été nommé président de la Commission à temps partiel en mai 2004. Son mandat a été reconduit en 2009 pour cinq ans. M. le juge Vancise est entré en fonction à la Cour du Banc de la Reine en 1982 puis en novembre 1983, à la Cour d'appel de la Saskatchewan, où il siège toujours. En 1996, il a été nommé juge de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest. Bachelier en droit de l'Université de la Saskatchewan en 1960, M. le juge Vancise a été admis au Barreau de la Saskatchewan en 1961. D'abord associé chez Balfour and Balfour en 1961, il a été nommé partenaire chez Balfour, McLeod, McDonald, Laschuk and Kyle en 1963, cabinet dont il est devenu l'associé directeur en 1972. M. le juge Vancise a reçu le titre de conseil de la Reine en 1979.

Vice-président et premier dirigeant



M^e^ Claude Majeau a été nommé Vice-président et premier dirigeant à temps plein en août 2009 pour un mandat de cinq ans. Avant sa nomination, il occupait le poste de Secrétaire général de la Commission du droit d'auteur depuis 1993. Avant de se joindre à la Commission, M^e^ Majeau a travaillé au ministère des Communications du Canada de 1987 à 1993 à titre de directeur (Communications et Cul ture) pour la région du Québec. De 1984 à 1987, il a été chef de cabinet du Sous-ministre du même ministère. Avant 1987, M^e^ Majeau a occupé divers postes ayant trait aux industries culturelles et des communications et à la politique publique. M^e^ Majeau a obtenu un baccalauréat en droit (LL.B.) de l'Université du Québec à Montréal en 1977. Il est également membre du Barreau du Québec depuis 1979.



la Commission n'a pas tenu d'audiences pour traiter d'une demande de licence d'utilisation d'une œuvre dont le titulaire de droits d'auteur est introuvable. L'information pertinente est obtenue par écrit ou au moyen d'appels téléphoniques.

Le processus d'examen est toujours le même. Un tarif prend effet un premier janvier. Au plus tard le 31 mars précédent, la société de gestion doit déposer un projet de tarif, que la Commission fait paraître dans la *Gazette du Canada*. Les utilisateurs visés par le projet (ou dans le cas de la copie privée, toute personne intéressée) ou leurs représentants peuvent s'opposer au projet dans les soixante jours de sa parution. La société de gestion et les opposants présentent leurs arguments oraux et écrits. Après délibérations, la Commission homologue le tarif, le fait paraître dans la *Gazette du Canada* et fait connaître par écrit les motifs de sa décision.

Les principes et contraintes qui influencent les décisions de la Commission

Plusieurs balises viennent encadrer le pouvoir d'appréciation de la Commission. La source de ces contraintes peut être externe : loi, règlements et décisions judiciaires. D'autres lignes de conduite sont établies par la Commission elle-même, dans ses décisions.

Les décisions de justice ont pour une large part défini le cadre juridique à l'intérieur duquel la Commission exerce son mandat. Pour la plupart, ces décisions portent sur des questions de procédure ou appliquent les principes généraux du droit administratif aux circonstances particulières de la Commission. Cela dit, les tribunaux judiciaires ont aussi établi plusieurs principes de fond auxquels la Commission est soumise.

La Commission dispose aussi d'une mesure importante d'appréciation, particulièrement lorsqu'il s'agit de questions de fait ou d'opportunité. Dans ses décisions, la Commission a elle-même mis de l'avant certains principes directeurs. Ils ne lient pas la Commission. On peut les remettre en question à n'importe quel moment, et le fait pour la Commission de se considérer liée par ceux-ci constituerait une contrainte illégale de sa discrétion. Ces principes servent quand même de guide tant pour la Commission que pour ceux qui comparaissent devant elle. Sans eux, on ne saurait aspirer au minimum de cohérence essentielle à tout processus décisionnel.

Parmi les principes que la Commission a ainsi établis, certains des plus constants sont : la cohérence interne des tarifs pour l'exécution publique de la musique, les aspects pratiques tels que la facilité d'administration afin d'éviter d'avoir recours à des structures tarifaires dont la gestion serait difficile dans un marché donné, la recherche de pratiques non discriminatoires, l'usage relatif d'œuvres protégées, la prise en compte de la situation canadienne, la stabilité dans l'établissement de structures tarifaires afin d'éviter de causer un préjudice, ainsi que les comparaisons avec des marchés de substitution et avec des marchés étrangers.



Contexte opérationnel



Historique

C'est en 1925 que la première société canadienne de gestion du droit d'exécution publique, la *Canadian Performing Rights Society* (CPRS), une filiale de la PRS anglaise, a été mise sur pied. En 1931, la *Loi sur le droit d'auteur* était modifiée à plusieurs égards. L'obligation d'enregistrer toutes les cessions de droits était abolie. En lieu et place, obligation était faite à la CPRS de produire une liste des titres de toutes les œuvres faisant partie de son répertoire et de déposer des tarifs auprès du ministre. Ce dernier pouvait mettre en branle un processus d'examen des activités de la CPRS s'il était d'avis que le comportement de la société allait à l'encontre de l'intérêt public. Après une telle enquête, le gouvernement avait le pouvoir d'établir les droits que la société pourrait percevoir.

Deux enquêtes ont été tenues, en 1932 et en 1935. La seconde a recommandé la mise sur pied d'un organisme chargé d'examiner les tarifs pour l'exécution publique de la musique sur une base continue et avant qu'ils entrent en vigueur. En 1936, une modification à la *Loi* a créé la Commission d'appel du droit d'auteur.

La Commission du droit d'auteur du Canada a pris en charge les compétences de la Commission d'appel du droit d'auteur le 1er février 1989. Sous réserve de modifications mineures, on a reconduit le régime régissant l'exécution publique de la musique. La nouvelle Commission s'est vue attribuer deux autres domaines de compétence : la gestion collective de droits autres que le droit d'exécution d'œuvres musicales et l'octroi de licences pour l'utilisation d'œuvres publiées dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable. Plus tard la même année, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis* confiait à la Commission la tâche d'établir le montant des redevances à verser pour le nouveau régime de licence obligatoire visant les œuvres retransmises sur des signaux éloignés de radio et de télévision, ainsi que celle de répartir ces redevances.

Le projet de loi C-32 (Loi modifiant la *Loi sur le droit d'auteur*), dont la sanction royale a été donnée le 25 avril 1997, a fait en sorte que la Commission est également responsable de l'établissement de tarifs pour l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, au bénéfice des artistes-interprètes et des producteurs de ces enregistrements (« les droits voisins »), de l'établissement de tarifs pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées, au bénéfice des titulaires de droits sur les œuvres, les prestations enregistrées et les enregistrements sonores (« le régime de la copie privée ») et de l'établissement de tarifs pour l'enregistrement (*off-air taping*) et l'utilisation d'émissions de radio et de télévision à des fins pédagogiques (« les droits éducatifs »).

Les pouvoirs généraux de la Commission

La compétence de la Commission porte sur des aspects de fond et de procédure. Certains pouvoirs lui sont attribués dans la *Loi*, de façon expresse; d'autres lui sont reconnus implicitement par la jurisprudence.

Règle générale, la Commission tient des audiences. Elle peut aussi procéder par écrit pour éviter à un petit utilisateur les dépenses additionnelles qu'entraînerait la tenue d'audiences. On dispose aussi, sans audience, de certaines questions préliminaires ou intérimaires. Jusqu'à maintenant,

Mandat de la Commission



Créée le 1er février 1989, la Commission du droit d'auteur du Canada a succédé à la Commission d'appel du droit d'auteur. La Commission est un organisme de réglementation économique investi du pouvoir d'établir, soit de façon obligatoire, soit à la demande d'un intéressé, les redevances à verser pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, lorsque la gestion de ce droit est confiée à une société de gestion collective. Par ailleurs, la Commission exerce un pouvoir de surveillance des ententes intervenues entre utilisateurs et sociétés de gestion, délivre elle-même certaines licences lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable, et peut établir l'indemnité à verser par un titulaire de droits à un utilisateur lorsque l'entrée en vigueur d'un nouveau droit risque de porter préjudice à ce dernier.

La *Loi sur le droit d'auteur* (la « *Loi* ») exige que la Commission homologue des tarifs dans les domaines suivants : l'exécution ou la communication publique d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, la reproduction d'émissions de radio et de télévision par les établissements d'enseignement, et la copie privée. Dans les autres domaines où les droits sont gérés collectivement, la Commission peut, à la demande d'une société de gestion collective, homologuer un tarif. Sinon, la Commission peut agir à titre d'arbitre entre la société et l'utilisateur, si ceux-ci ne peuvent s'entendre sur les modalités d'une licence.

Les responsabilités de la Commission du droit d'auteur du Canada en vertu de la *Loi* sont de :

- homologuer les tarifs pour
  - l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores;
  - l'accomplissement de tout acte protégé mentionné aux articles 3, 15, 18 et 21 de la *Loi*;
  - la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, ou pour la reproduction et l'exécution publique par des établissements d'enseignement, à des fins pédagogiques, d'émissions ou de commentaires d'actualité et toute autre émission de télévision et de radio;
- fixer les redevances pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées;
- fixer les redevances payables par un utilisateur à une société de gestion, s'il y a mésentente sur les redevances ou sur les modalités afférentes;
- se prononcer sur des demandes de licences non exclusives pour utiliser une œuvre publiée, la fixation d'une prestation, un enregistrement sonore publié ou la fixation d'un signal de communication dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable;
- examiner les ententes conclues entre une société de gestion et un utilisateur et déposées auprès de la Commission par une partie, lorsque le Commissaire de la concurrence estime que l'entente est contraire à l'intérêt public;
- être dépositaire des ententes avec les sociétés de gestion déposées par une des parties à l'entente dans les quinze jours suivant leur conclusion;
- fixer l'indemnité à verser, à l'égard d'actes protégés suite à l'adhésion d'un pays à la Convention de Berne, à la Convention universelle ou à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, mais qui ne l'étaient pas au moment où ils ont été accomplis.

Finalement, le ministre de l'Industrie peut enjoindre à la Commission d'entreprendre toute étude touchant ses attributions.

Message du président

Il s'agit du septième rapport annuel pour lequel j'ai l'occasion de décrire les activités de la Commission lors de la dernière année financière.

En 2011-2012, la Commission a tenu une seule audience, à l'égard de la question de l'immunité de la Couronne qu'ont fait valoir les utilisateurs du Tarif des gouvernements provinciaux et territoriaux d'*Access Copyright*. Cette audience a eu lieu le 27 septembre 2011.

La Commission a rendu trois décisions finales durant l'année financière. La première portait sur le droit de reproduire et d'exécuter des œuvres par les établissements d'enseignement. La seconde portait sur le droit de jouer les enregistrements sonores pour accompagner la danse et la dernière portait sur les œuvres musicales et les enregistrements sonores tels que diffusés par la radio conventionnelle de la SRC.

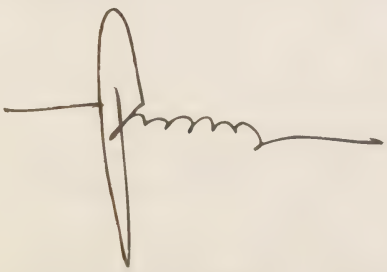
En outre, la Commission a rendu neuf décisions interlocutoires, soit provisoires, sur requête de modification, ou sur une question préliminaire. Ces décisions portaient sur un arbitrage entre la SODRAC et ARTV, un tarif provisoire pour la copie privée, un tarif provisoire pour certaines utilisations sur Internet (Tarifs de la SOCAN 22.D sur les diffusions Web audiovisuelles et 22.G sur le contenu audiovisuel généré par l'utilisateur), une demande de modification du tarif de danse de Ré:Sonne, la question de l'immunité de la Couronne mentionnée ci-haut, et trois requêtes de modification de même qu'un tarif provisoire à l'égard du Tarif d'*Access Copyright* pour les établissements d'enseignement postsecondaires.

Toutes ces décisions sont décrites en détail dans ce rapport.

Au cours du dernier exercice financier, sept licences ont également été délivrées en vertu des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui permettent l'utilisation d'œuvres publiées pour lesquelles les titulaires de droits d'auteur étaient introuvables.

J'ai été invité à représenter la Commission lors d'une session intitulée « *Views from the Judiciary* », dans le cadre du 19e congrès annuel sur le droit et la politique de la propriété intellectuelle à l'université Fordham.

En conclusion, je tiens à remercier mes collègues, ainsi que le personnel de la Commission pour leur appui et leur collaboration au cours de cette année très chargée. La Commission a le privilège de pouvoir compter sur des employés dévoués et compétents et, grâce à eux, la notion de service public prend tout son sens. Leur expertise et leur éthique de travail permettent à la Commission de bien mener ses travaux.



L'honorable juge William J. Vancise

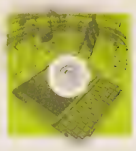
Commissaires et personnel de la Commission



au 31 mars 2012

Président :	L'honorable juge William J. Vancise
Vice-président et premier dirigeant :	M[e] Claude Majeau
Commissaires :	M[e] Jacinthe Théberge M[e] J. Nelson Landry
Secrétaire général :	Gilles McDougall
Avocat général :	M[e] Mario Bouchard
Avocate-conseil :	M[e] Valérie Demers
Directeur de la recherche et de l'analyse :	Raphaël Solomon
Analyste économique :	Elizabeth Robert
Greffier(ère)s adjoint(e)s :	Nadia Campanella Maryse Choquette Roch Levac
Agents au greffe :	Sid J. Bateman Tina Lusignan
Gestionnaire, Services ministériels :	Ivy Lai
Adjointe aux finances et à l'administration :	Joanne Touchette
Agent au soutien technique :	Michel Gauthier

Table des matières



MESSAGE DU PRÉSIDENT 5

MANDAT DE LA COMMISSION 6

CONTEXTE OPÉRATIONNEL 7

RÉGIE INTERNE DE LA COMMISSION 9

EXÉCUTION PUBLIQUE DE LA MUSIQUE 11

RÉGIME GÉNÉRAL 18

PROCÉDURES D'ARBITRAGE 27

DROITS ÉDUCATIFS 29

RETRANSMISSION DE SIGNAUX ÉLOIGNÉS 31

COPIE POUR USAGE PRIVÉ 32

TITULAIRES DE DROITS D'AUTEUR INTROUVABLES 33

INSTANCES JUDICIAIRES 34

ENTENTES DÉPOSÉES AUPRÈS DE LA COMMISSION 36

Copyright Board
Canada

CANADA

Commission du droit d'auteur
Canada

L'honorable Christian Paradis, c.p., député
Ministre de l'Industrie et ministre d'État (Agriculture)
Ottawa (Ontario)
K1A 0A6

Monsieur le Ministre,

J'ai l'honneur de vous transmettre pour dépôt au Parlement, conformément à l'article 66.9 de la *Loi sur le droit d'auteur*, le vingt-quatrième rapport annuel de la Commission du droit d'auteur du Canada pour l'exercice financier se terminant le 31 mars 2012.

Veuillez agréer, Monsieur le Ministre, l'expression de ma très haute considération.

Le Vice-président
et premier dirigeant,

Claude Majeau

LIBRARY
JAN 2 2013

56, rue Sparks, Bureau 800, Ottawa (Ontario) K1A 0C9
Téléphone : (613) 952-8621 Télécopieur : (613) 952-8630
Site Web : **www.cda-cb.gc.ca**

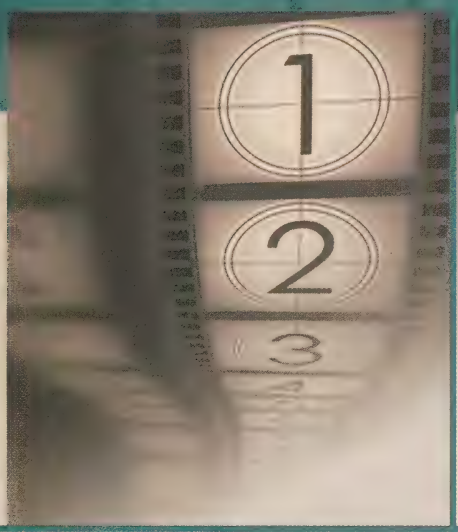
Commission du droit d'auteur du Canada

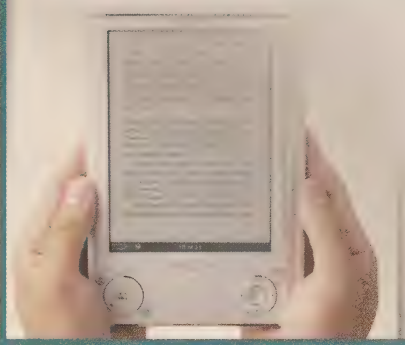


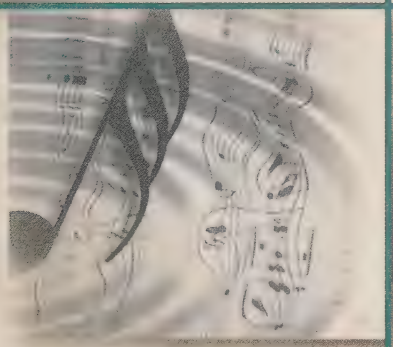
Rapport annuel • 2011-2012

CA1
RG 60
-A56

Government
Publications









Annual Report
2012-13

Copyright Board of Canada

Table of Contents



LIBRARY
MAR 0 7 2014
University of Toronto

CHAIRMAN'S MESSAGE 5

MANDATE OF THE BOARD 6

OPERATING ENVIRONMENT 7

MEMBERS 9

PUBLIC PERFORMANCE OF MUSIC 11

GENERAL REGIME 25

ARBITRATION PROCEEDINGS 32

EDUCATIONAL RIGHTS 41

RETRANSMISSION OF DISTANT SIGNALS 42

PRIVATE COPYING 43

UNLOCATABLE COPYRIGHT OWNERS 44

COURT PROCEEDINGS 45

AGREEMENTS FILED WITH THE BOARD 63

Board Members and Staff



as of March 31, 2013

Chairman:	The Honourable William J. Vancise, Q.C.
Vice-Chairman & Chief Executive Officer:	Claude Majeau
Member:	J. Nelson Landry
Secretary General:	Gilles McDougall
General Counsel:	Mario Bouchard
Legal Counsel:	Sylvain Audet Valérie Demers
Director, Research and Analysis:	Dr. Raphael Solomon
Economic Analyst:	Marjolaine Jarry
Assistant Clerks:	Nadia Campanella Maryse Choquette Roch Levac
Registry Officers:	Sid J. Bateman Tina Lusignan
Manager, Corporate Services:	Nancy Laframboise
Financial and Administrative Assistant:	Joanne Touchette
Technical Support Officer:	Michel Gauthier

Copyright Board of Canada

Chairman's Message

This is the twenty-fifth Annual Report of the Copyright Board of Canada and the eighth annual report during my tenure as Chairman in which I described the Board's activities during the past fiscal year.

In 2012-13, the Board held three hearings dealing with: the simulcasting and webcasting of sound recordings; private copying; and, the copying of documents by provincial and territorial governments.

During the fiscal year the Board issued a total of 13 final or interlocutory decisions. Five dealt with the public performance of music: recorded music accompanying live events; a variety of general purpose tariffs for the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN); recorded music accompanying physical activities; music transmitted by online music services; and, musical works used for ringtones and ringbacks. Three dealt with the reproduction of music: musical works embodied in cinematographic works; an interim decision reopening the tariff for musical works embodied in cinematographic works; and, an interim decision in respect of the Commercial Radio Tariff. The Board also issued a decision on the royalties payable for the copying of documents in elementary and secondary schools, following a decision of the Supreme Court of Canada remitting the matter to the Board to redetermine.

Three decisions dealt with arbitration involving either the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) and the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) or SODRAC and Astral. Finally, one interim decision dealt with the retransmission of distant television signals.

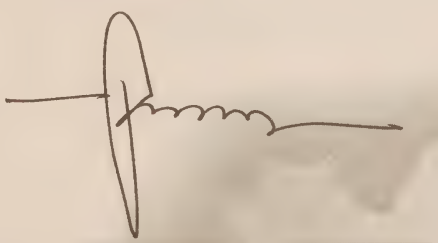
All of these decisions are summarized in this report, along with Court decisions, and in particular those of the Supreme Court of Canada.

During this fiscal year, the Board also issued eight licenses pursuant to the provisions of the *Copyright Act* which permits the use of published works when copyright owners cannot be located.

I was invited to represent the Board in a panel session entitled *Music Industry Issues including Collecting Societies*, at the 20th Annual Conference on Intellectual Property Law & Policy at Fordham University.

In 2012, Jacinthe Théberge left the Board after serving a five-year term as full-time member of the Board. I thank her for her dedicated service and contribution to the Board.

I wish to thank my colleagues as well as the Board's staff for their support and assistance during this very busy year. The Board is fortunate to have qualified and dedicated employees who truly bring meaning to the concept of public service, otherwise the work of the Board would be impossible to achieve. Their expertise and work ethic make the work of the Board possible.



The Honourable William J. Vancise, Q.C.

Mandate of the Board



The Copyright Board of Canada (the "Board") was established on February 1, 1989, as the successor of the Copyright Appeal Board. The Board is an economic regulatory body empowered to establish, either mandatorily or at the request of an interested party, the royalties to be paid for the use of copyrighted works, when the administration of such copyright is entrusted to a collective society. Moreover, the Board has the right to supervise agreements between users and licensing bodies, issue licenses when the copyright owner cannot be located and may determine the compensation to be paid by a copyright owner to a user when there is a risk that the coming into force of a new copyright might adversely affect the latter.

The *Copyright Act* (the "*Act*") requires that the Board certify tariffs in the following fields: the public performance or communication of musical works and of sound recordings of musical works, the retransmission of distant television and radio signals, the reproduction of television and radio programs by educational institutions, and private copying. In other fields where rights are administered collectively, the Board can be asked by a collective society to set a tariff; if not, the Board can act as an arbitrator if the collective society and a user cannot agree on the terms and conditions of a license.

The responsibilities of the Board under the *Act* are to:

- certify tariffs for
  - the public performance or the communication to the public by telecommunication of musical works and sound recordings;
  - the doing of any protected act mentioned in sections 3, 15, 18 and 21 of the Act, such as the reproduction of musical works, of sound recordings, of performances and of literary works; and,
  - the retransmission of distant television and radio signals or the reproduction and public performance by educational institutions, of radio or television news or news commentary programs and all other programs, for educational or training purposes;
- set levies for the private copying of recorded musical works;
- set royalties payable by a user to a collective society, when there is disagreement on the royalties or on the related terms and conditions;
- rule on applications for non-exclusive licences to use published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, when the copyright owner cannot be located;
- examine agreements made between a collective society and a user which have been filed with the Board by either party, where the Commissioner of Competition considers that the agreement is contrary to the public interest;
- receive such agreements with collective societies that are filed with it by any party to those agreements within 15 days of their conclusion; and,
- set compensation for formerly unprotected acts in countries that later join the Berne Convention, the Universal Convention or the Agreement establishing the World Trade Organization.

Finally, the Minister of Industry can direct the Board to conduct studies with respect to the exercise of its powers.

Operating Environment

Historical Overview

Copyright collective societies were introduced to Canada in 1925 when PRS England set up a subsidiary called the Canadian Performing Rights Society (CPRS). In 1931, the *Copyright Act* was amended in several respects. The need to register copyright assignments was abolished. Instead, CPRS had to deposit a list of all works comprising its repertoire and file tariffs with the Minister. If the Minister thought the society was acting against the public interest, he could trigger an inquiry into the activities of CPRS. Following such an inquiry, Cabinet was authorized to set the fees the society would charge.

Inquiries were held in 1932 and 1935. The second inquiry recommended the establishment of a tribunal to review, on a continuing basis and before they were effective, public performance tariffs. In 1936, the *Act* was amended to set up the Copyright Appeal Board.

On February 1, 1989, the Copyright Board of Canada took over from the Copyright Appeal Board. The regime for public performance of music was continued, with a few minor modifications. The new Board also assumed jurisdiction in two new areas: the collective administration of rights other than the performing rights of musical works and the licensing of uses of published works whose owners cannot be located. Later the same year, the *Canada-US Free Trade Implementation Act* vested the Board with the power to set and apportion royalties for the newly created compulsory licensing scheme for works retransmitted on distant radio and television signals.

Bill C-32 (*An Act to amend* the *Copyright Act*) which received Royal Assent on April 25, 1997, modified the mandate of the Board by adding the responsibilities for the adoption of tariffs for the public performance and communication to the public by telecommunication of sound recordings of musical works, for the benefit of the performers of these works and of the makers of the sound recordings ("the neighbouring rights"), for the adoption of tariffs for private copying of recorded musical works, for the benefit of the rights owners in the works, the recorded performances and the sound recordings ("the home-taping regime") and for the adoption of tariffs for off-air taping and use of radio and television programs for educational or training purposes ("the educational rights").

The *Copyright Modernization Act* (Bill C-11) received Royal Assent on June 29, 2012, and many of its provisions came into force on November 7, 2012. Though this legislation does not change the mandate of the Board or the way it operates, it provides for new rights and exceptions that will affect the Board's work.

The coming into force of new distribution and making available rights for authors, performers and makers of sound recordings, and the addition of education, parody and satire as allowable fair dealing purposes may affect existing and future tariffs or licences. New or modified exceptions dealing with non-commercial user-generated content, reproductions for private purposes, program copying for the purpose of time-shifting, backup copies, ephemeral copies by broadcasting undertakings and certain activities of educational institutions, among others, may affect some uses that are or may be subject to a Board tariff.

General Powers of the Board

The Board has powers of a substantive and procedural nature. Some powers are granted to the Board expressly in the *Act* and some are implicitly recognized by the courts.

As a rule, the Board holds hearings. No hearing will be held if proceeding in writing accommodates a small user that would otherwise incur large costs. The hearing may be dispensed with on certain preliminary or interim issues. No hearings have been held to date for a request to use a work whose owner cannot be located. Information is obtained either in writing or through telephone calls.

The examination process is always the same. Tariffs come into effect on January 1. On or before the preceding March 31, the collective society must file a statement of proposed royalties which the Board then publishes in the *Canada Gazette*. Users (or, in the case of private copying, any interested person) or their representatives may object to the statement within 60 days. The collective society and the objectors present oral and written arguments. After deliberation the Board certifies the tariff, publishes it in the *Canada Gazette*, and provides written reasons for its decision.

Guidelines and Principles Influencing the Board's Decisions

The decisions the Board makes are constrained in several respects. These constraints come from sources external to the Board: the law, regulations and judicial pronouncements. Others are self-imposed, in the form of guiding principles that can be found in the Board's decisions.

Court decisions also provide a large part of the framework within which the Board operates. Most decisions focus on issues of procedure, or apply the general principles of administrative decision-making to the specific circumstances of the Board. However, the courts have also set out several substantive principles for the Board to follow or that determine the ambit of the Board's mandate or discretion.

The Board also enjoys a fair amount of discretion, especially in areas of fact or policy. In making decisions, the Board itself has used various principles or concepts. Strictly speaking, these principles are not binding on the Board. They can be challenged by anyone at any time. Indeed, the Board would illegally fetter its discretion if it considered itself bound by its previous decisions. However, these principles do offer guidance to both the Board and those who appear before it. In fact, they are essential to ensuring a desirable amount of consistency in decision-making.

Among those factors, the following seem to be the most prevalent: the coherence between the various elements of the public performance of music tariffs; the practicality of the administration to avoid tariff structures that make it difficult to administer the tariff in a given market; the search for non-discriminatory practices; the relative use of protected works; the taking into account of the Canadian environment; the stability in the setting of tariffs that minimizes disruption to users; as well as the comparisons with "proxy" markets and comparisons with similar prices in foreign markets.

Copyright Board of Canada

Members

Board members are appointed by the Governor in Council to hold office during good behaviour for a term not exceeding five years. They may be reappointed once.

The *Act* states that the Chairman must be a judge, either sitting or retired, of a superior, county or district court. The Chairman directs the work of the Board and apportions its caseload among the members.

The *Act* also designates the Vice-Chairman as Chief Executive Officer of the Board, exercising direction over the Board and supervision of its staff.

Chairman



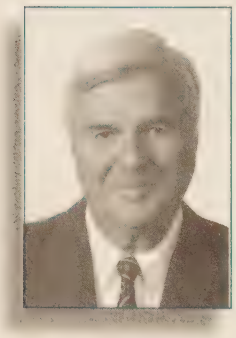
The Honourable William J. Vancise, Q.C., a retired justice of the Court of Appeal for Saskatchewan, was appointed part-time Chairman of the Board in May 2004 and reappointed in 2009 for a five-year term. The Honourable William J. Vancise was appointed to the Court of Queen's Bench in 1982 and to the Court of Appeal for Saskatchewan in November 1983 where he served until he retired in January 2013. In 1996, he was appointed Deputy Judge of the Supreme Court of the Northwest Territories. He earned an LL.B. from the University of Saskatchewan in 1960 and was called to the Saskatchewan Bar in 1961. He joined Balfour and Balfour as an associate in 1961 and in 1963 he was named a partner at Balfour, McLeod, McDonald, Laschuk and Kyle, where he became the managing partner in 1972. The Honourable William J. Vancise received his Queen's Counsel designation in 1979.

Vice-Chairman & Chief Executive Officer



Claude Majeau was appointed as full-time Vice-Chairman and Chief Executive Officer in August 2009 for a five-year term. He occupied the position of Secretary General of the Copyright Board from 1993 until his appointment as Vice-Chairman. Before joining the Board, Mr. Majeau worked for the Department of Communications of Canada from 1987 to 1993 as Director (Communications and Culture) for the Quebec Region. From 1984 to 1987, he was Chief of Staff to the Deputy Minister of the same department. Before 1984, he occupied various positions dealing with communications and cultural industries and public policy. Mr. Majeau earned an LL.B. from the Université du Québec à Montréal in 1977 and has been a member of the Barreau du Québec since 1979.

Member



J. Nelson Landry was appointed in February 2010 as a part-time member for five years. Since 2001, Mr. Landry is serving as a domain name arbitrator for the World Intellectual Property Organisation, WIPO. From 2002 to 2005, he was an instructor of the Patent Agent Training Course – Infringement and Validity at the Intellectual Property Institute of Canada. In 2003, he taught part-time management of intellectual property at the MBA level at the *Hautes Études Commerciales* of the *Université de Montréal* and from 1969 to 2002, Mr. Landry was a lawyer at Ogilvy Renault where he retired as senior partner in 2002. Mr. Landry obtained a BA in 1959 and a BSc in 1965 from the *Université de Montréal*. He also graduated with a B.C.L. from McGill University in 1968 and was called to the Québec Bar in 1969.

*Note: Detailed information on the Board's resources, including financial statements, can be found in its Report on Plans and Priorities for 2012-13 (Part III of the Estimates) and its Performance Report for 2012-13. These documents are or will soon be available on the Board's Web site (**www.cb-cda.gc.ca**).*

Copyright Board of Canada

Public Performance of Music



Background

The provisions beginning with section 67 of the *Act* apply to the public performance of music or the communication of music to the public by telecommunication. Public performance of music means any musical work that is sung or performed in public, whether it be in a concert hall, a restaurant, a hockey stadium, a public plaza or other venue. Communication of music to the public by telecommunication means any transmission by radio, television or the Internet. Collective societies collect royalties from users based on the tariffs approved by the Board.

Filing of Tariff Proposals

In March 2013, the Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada (SOCAN) and the Re:Sound Music Licensing Company (Re:Sound) filed their respective statements of proposed royalties to be collected in 2014; some tariffs cover more than one year.

Hearings

During the fiscal year, the Board held one hearing, concerning Re:Sound Tariffs 8.A and 8.B (Simulcasting and Webcasting; Semi-Interactive Webcasting). The hearing took place from September 24 to October 4 and on November 6, 2012.

Decisions

Six decisions were rendered during the fiscal year, as follows:

May 25, 2012 – Re:Sound Tariff 5 (Use of Music to Accompany Live Events, 2008-2012)

On March 30, 2007, Re:Sound filed its tariff dealing with public performance and communication to the public by telecommunication of recorded music to accompany live events for the years 2008 to 2012. The Hotel Association of Canada (HAC) was the only objector to the proposed tariff. On March 20, 2009, the Board granted intervenor status with full participation rights to a certain number of parties, regrouped as the Arts objectors, Festivals objectors, Hospitality objectors and Sports objectors.

Following negotiations of agreements between the parties, Re:Sound proposed, on June 15, 2010, a new text for the tariff, consisting of the following parts:

- Part A: recorded music accompanying live entertainment in cabarets, cafes, clubs, restaurants, roadhouses, taverns and similar establishments;
- Part B: receptions, conventions, assemblies and fashion shows;
- Part C: karaoke bars and similar establishments;
- Part D: festivals, exhibitions and fairs;
- Part E: circuses, ice shows, fireworks displays, sound and light shows and similar events;
- Part F: parades; and
- Part G: parks, streets and other public areas.

Re:Sound requested that the Board certify these parts of the tariff, consistent with the agreements it had signed with the parties.

Before certifying a tariff based on agreements, it is usually preferable to examine: (a) the extent to which the parties to the agreements can speak for all users and (b) if the arguments put forward by former parties or third-party users were taken into account.

The Canadian Restaurant and Foodservices Association and HAC, which represent, respectively, more than 30,000 restaurant members and more than 90 per cent of hotels in Canada, agreed to Parts A to C of the proposed tariff. Parts D to G were agreed to by the Festivals objectors. The Board concluded that these represented the interest of these parts of the tariff. Having reviewed the comments and arguments offered by former parties and non-parties, the Board also concluded that all issues relevant to these proceedings had been addressed.

Even though no objector raised the question, the Board questioned the parties about the differences between the proposed royalty rates for the different Parts of the tariff and the corresponding SOCAN tariffs. Re:Sound explained the differences between the rates were the result of an overall compromise between Re:Sound and the objectors, in order to set the tariffs without a hearing. They took into account the difference between the rights administered by the two collective societies and the fact that the SOCAN rates had not been revised for a long time.

The rates certified by the Board were as follows:

Tariff Part	Title	Royalties			Minimum
5.A	Recorded music accompanying live entertainment in cabarets, cafes, clubs, restaurants, roadhouses, taverns and similar establishments	0.9 per cent of compensation paid for entertainment			$37.64
5.B	Receptions, conventions, assemblies and fashion shows	1-100 persons of capacity	$9.25 without dancing	$18.51 with dancing	n/a
		101-300 persons of capacity	$13.30 without dancing	$26.63 with dancing	
		301-500 persons of capacity	$27.76 without dancing	$55.52 with dancing	
		More than 500 persons of capacity	$39.33 without dancing	$78.66 with dancing	
5.C	Karaoke bars and similar establishments	no more than 3 days per week	$86.06		n/a
		4 or more days per week	$124.00		

Tariff Part	Title	Royalties			Minimum
5.D	Festivals, exhibitions and fairs	up to 25,000 attendance	$8.39	per day	n/a
		25,001 to 50,001	$21.78		
		50,001 to 75,000	$42.05		
		If more than 75,000 persons attend			
		Up to 100,000	$0.0054	per person	
		next 100,000 patrons	$0.0024		
		next 300,000 patrons	$0.0018		
		additional patrons	$0.0013		
5.E	Circuses, ice shows, fireworks displays, sound and light shows and similar events	0.8 per cent of gross receipts			$61.85
5.F	Parades	$4.39 per float			$32.55
5.G	Parks, streets and other public areas	$16.28 per day, up to $111.47 per 3-month period			n/a

The Board estimated that these rates should generate about 1.8 million dollars in royalties for 2008.

The Arts objectors and Sports objectors, still in negotiations with Re:Sound in relation to parts of the tariff applying to other live events, such as sporting events, concerts, comedy shows, magic shows, theatrical shows and dance performances, nevertheless made comments on the use of background music in Part E of the tariff and on the sharing of information collected in the course of the application of the tariff between Re:Sound and SOCAN.

Part E of the tariff, as proposed, targets all music use during the event. The Arts objectors objected that Part E applied to all music use, foreground or background. According to them, this leads to royalties for background music which are incorrectly based on ticket sales for the event. In its decision, the Board clarified that a live event with only background music is not subject to the proposed tariff, and changed the tariff wording as a result.

The Board agreed with Re:Sound and disagreed with the Sports objectors, taking the position that information sharing among collective societies dealing with the same users for the same rate base is desirable and efficient. The tariff permits, therefore, sharing of information between Re:Sound and SOCAN. Furthermore, other Board tariffs permit the sharing of

information between collective societies whose tariffs are not joint. The Board also concluded that the time limits for correcting payment errors should remain the same, even if Re:Sound and the objectors agreed to indefinite limits to correct underpayments and a one year limit to correct overpayments.

June 29, 2012 – SOCAN General Purpose Tariffs

SOCAN filed proposed statements of royalties to be collected for the performance in public or the communication to the public by telecommunication, in Canada, of musical or dramatico-musical works for the years 2006 through 2013. These proposals were published in the *Canada Gazette* accompanied by a notice indicating that prospective users or their representatives could object to the tariffs within the prescribed deadlines. Many of the tariffs addressed in these reasons were not objected to and were certified as filed. Some reflect agreements reached between SOCAN and users. Two matters were left in abeyance.

The following proposed tariffs were unchanged from the last time they were certified. No one objected to them. The Board certified them as filed.

For the years 2009-2010

- Tariff 13.A (Public Conveyances – Aircraft)

For the years 2009-2012

- Tariff 2.D (Television – Canadian Broadcasting Corporation)
- Tariff 5.A (Exhibitions and Fairs)
- Tariff 12 (Theme Parks, Ontario Place Corporation and Similar Operations; Paramount Canada's Wonderland and Similar Operations)
- Tariff 13.B (Public Conveyances – Passenger Ships)
- Tariff 13.C (Public Conveyances – Railroad Trains, Buses and Other Public Conveyances, Excluding Aircraft and Passenger Ships)

For the years 2009-2013

- Tariff 2.B (Television – Ontario Educational Communications Authority)

For the years 2011-2012

- Tariff 3 (Cabarets, Cafes, Clubs, Cocktail Bars, Dining Rooms, Lounges, Restaurants, Roadhouses, Taverns and Similar Establishments)
- Tariff 7 (Skating Rinks)
- Tariff 8 (Receptions, Conventions, Assemblies and Fashion Shows)
- Tariff 10 (Parks, Parades, Streets and Other Public Areas)
- Tariff 11 (Circuses, Ice Shows, Fireworks Displays, Sound and Light Shows and Similar Events; Comedy Shows and Magic Shows)
- Tariff 14 (Performance of an Individual Work)
- Tariff 18 (Recorded Music For Dancing)
- Tariff 19 (Fitness Activities and Dance Instruction)
- Tariff 20 (Karaoke Bars and Similar Establishments)
- Tariff 21 (Recreational Facilities Operated By a Municipality, School, College, University, Agricultural Society or Similar Community Organizations).

Copyright Board of Canada

The Board declined to certify uncontested Tariff 13.A (Public Conveyances – Aircraft) beyond 2010, since the proposed tariff for 2011 and 2012 includes substantive changes from the version the Board last certified in 2008. It also declined to certify unopposed Tariff 5.B, which deals with concerts offered during exhibitions and fairs. This tariff is intended to mirror Tariff 4 (Concerts), which was under examination. The Board preferred to deal with both tariffs 4 and 5.B at the same time.

The Board certified the Background Music tariffs (15.A – Background Music in Establishments Not Covered by Tariff No. 16, 15.B – Telephone Music on Hold, and 16 – Background Music Suppliers) after objections to them were abandoned. These tariffs now specify that music played on a television set is covered; however, the Board found that this use was always included in the language of the tariffs. The Board certified the Tariff 23 (Hotel and Motel In-Room Services) after the objection was abandoned. The Board certified, pursuant to an agreement with SOCAN, an increase in the *Société de télédiffusion du Québec*'s annual royalty payments from $180,000 to $216,000. The Board certified, pursuant to an agreement between the Motion Picture Theatre Associations of Canada and SOCAN, new royalty rates under Tariff 6 (Motion Picture Theatres). These rates reach $1.50 per seat in 2013. The Board certified, pursuant to an agreement between the various sports leagues and SOCAN, new rates for Tariff 9 (Sports Events). These rates reach 0.1 per cent of revenues in 2011 and 2012.

Finally, the Board certified Tariff 24 (Ringtones and Ringbacks) for the years 2006 to 2013, pursuant to an agreement between some of the objectors to the Tariff and SOCAN. It analyzed the agreement and asked the remaining objectors to state whether they wished to maintain their objections. All withdrew. The Board was satisfied that the parties to the agreement were capable of representing the interests of all relevant users. The rates it certified are six per cent of revenues for the period up to June 30, 2009, and five per cent of revenues thereafter.

July 6, 2012 – Re:Sound Tariff 6.B (Use of Recorded Music to Accompany Physical Activities, 2008-2012)

On March 30, 2007, Re:Sound filed its first proposed statement of royalties for the use of recorded music to accompany dance and fitness (Tariff 6). On July 15, 2011, the Board issued its decision on Tariff 6.A (Use of Recorded Music to Accompany Dance).

This decision dealt with Tariff 6.B for the use of recorded music to accompany physical activities. The Fitness Industry Council of Canada (FIC) and Goodlife Fitness Centres Inc. (Goodlife) (together, the "Objectors") took a position with respect to the activities covered by Tariff 6.B. The tariff proceedings were mainly about fitness centres but other forms of physical activity targeted in the tariff, such as dance instruction and skating, were also addressed in the decision.

For fitness venues, Re:Sound initially proposed a rate of 5 per cent of gross receipts, with a yearly minimum of $100. For fitness

classes, it proposed a fixed fee of $3 per class. In its statement of case, Re:Sound proposed to collapse the two rates into one of $1.55 per member per month.

The Objectors proposed alternative rates of $0.78 annually multiplied by the average weekly number of participants in fitness classes and $0.15 annually multiplied by the average weekly number of participants in workout areas.

The core of Re:Sound's case rested on two reports: one by Dr. Adriana Bernardino, and one by Dr. John McHale. Dr. Bernardino's report describes the two information gathering exercises she conducted to determine the value that clients of fitness centres attribute to recorded music to accompany fitness: a qualitative exercise (focus groups) and a quantitative exercise (a survey).

Survey respondents had to choose their preference between two hypothetical clubs. The clubs differed in their characteristics, including how crowded they were, how experienced the instructors were, and (most importantly for our purposes) the nature and extent of the use of recorded music. Survey respondents were then required to assume that their current club would no longer use recorded music and then asked questions to find out how much the price of their membership would have to drop for them to remain at their current, music-less club instead of leaving for the alternative, music-using club. Dr. Bernardino estimated that amount at 32 per cent of membership fees, or approximately $15 of the average monthly fee of $45.

Dr. McHale described the market for fitness club memberships. He assumed that the supply-side exhibits constant marginal cost: the cost to any given club of each additional member is constant. Dr. McHale further assumed that the demand curve faced by clubs exhibits constant elasticity: the number of members that would leave if fees increased by a given percentage would be the same, irrespective of the amount. Dr. McHale's final assumption was that fitness centres and music collectives would share the surplus value of music equally. His conclusion was that the value of recorded music to fitness clubs is 16 per cent of clubs' total revenue. Half of this amount was allocated to SOCAN. Finally, a repertoire use adjustment was required. Re:Sound multiplied the 8 per cent by the 53 per cent obtained by Re:Sound in its repertoire use analysis to arrive at a tariff of 4.24 per cent of revenues. Based on average club size and revenues, Re:Sound converted this figure to $1.55 per member per month.

Testifying for the Objectors, Dr. David Reitman presented a counter-proposal, with one rate (Part A) for fitness classes and one (Part B) for workout areas. The Part A rate is based on SOCAN Tariff 19 (Fitness Activities and Dance Instruction). The Part B rate was related mathematically to the Part A rate and based on SOCAN Tariff 22.A (Limited Downloads), the Re:Sound Satellite Radio Tariff and Re:Sound Tariff 3 (Background Music). Before repertoire adjustment, Dr. Reitman proposed $1.71 and $0.33 for Part A and Part B rates, respectively. He used a different repertoire adjustment than Re:Sound, based on Dr. Bernardino's survey – namely 45.82 per cent, to arrive at his final rates of $0.78 and $0.15.

Board's Analysis

Before examining the evidence in respect of rates, the Board considered four legal issues. First, which sound recordings are eligible for remuneration? This is based on the status of the maker and the location of the fixation of the sound recording, not the maker's agent or representative and not the performer's citizenship or residence. Second, does Re:Sound represent all eligible sound recordings? The Board found that it represented only those that are properly part of its repertoire. Third, how does a sound recording become part of Re:Sound's repertoire? It does so when either the maker or one of the performers assigns their rights to Re:Sound. Finally, who is entitled to collect royalties paid to Re:Sound? Royalties must be paid to the performers and makers, *or to any successor.*

The Board then analyzed the various claims to representation in the Goodlife list of recordings. It determined that 36.6 per cent of those recordings were in Re:Sound's repertoire.

The reliability of the Re:Sound proposal depends on the reasonableness of the assumptions in the economic models of Drs. Bernardino and McHale, the reliability of the data collected (i.e. the survey methodology) and the accurateness of the calculations to produce final numbers. The Board enumerated a large number of difficulties with the assumptions, the data collection, and the accurateness of the calculations, as well as an overall problem with the result. Consequently, the Board rejected Re:Sound's proposal.

The Board found that SOCAN Tariff 22.A and Re:Sound Satellite Radio tariff were not appropriate benchmarks and that Dr. Reitman used Re:Sound Tariff 3 improperly. The Board agreed that music in classes and in workout areas should be valued separately. All workout area music is background music, pure and simple.

The Board considered SOCAN Tariff 19 as a proxy for music in classes but identified several problems with this tariff and, in order to clarify them, it asked questions of SOCAN. As a result, the Board learned the following: first, there are many interpretations of the expression "average number of participants per week in the room", which is a problem since the average number of participants per week in the room is multiplied by $2.14 in SOCAN Tariff 19 to obtain royalties payable; second, there may be a tariff enforcement problem, in the sense that not everyone who needs to buy a license from SOCAN is doing so; third, SOCAN has conducted very few audits of Tariff 19; and, fourth, SOCAN collects 31 per cent of its revenue "from Tariff 19" pursuant to agreements between it and users of the tariff, copies of which were filed with the Board at its request.

The Board considered several other options to set royalties for the use of music in fitness classes. It considered using the amount collected under SOCAN Tariff 19, adjusted for repertoire. It also considered a tariff based on the decision by the Copyright Tribunal of Australia relating to music in fitness centres. It also examined the possibility of a tariff based on SOCAN Tariff 7, which covers music played at roller and skating rinks, as well as one based on SOCAN Tariff 18 (Recorded Music for Dancing). Finally, the Board considered certifying no tariff at all. The Board rejected all of these options, since the link between their markets and

that of Re:Sound was either too weak, or otherwise problematic.

The Board's preferred course of action was to set a flat fee for all users. The advantage of the flat fee is that compliance monitoring becomes easy. If a fitness centre is using Re:Sound repertoire, it must pay the flat fee.

The flat fee is based on some of the agreements mentioned above and is an average of the amounts paid to SOCAN. The average obtained from the agreements it used is $288.90. The Board adjusted this figure for Re:Sound's repertoire share, 36.6 per cent, and certified Re:Sound Tariff 6.B as a flat fee of $105.74 per venue using recorded music in fitness classes. This is in addition to the royalties payable under Re:Sound Tariff 3 for the use of background music in workout areas.

According to the agreements mentioned above, the royalties paid for dance instruction are essentially the minimum set out in SOCAN Tariff 19. Adjusting the Tariff 19 minimum of $64.00 to Re:Sound's repertoire share of 36.6 per cent yields $23.42. This is what the Board certified as the flat yearly fee, per venue, for dance instruction.

Finally, the Board certified a rate for skating rinks. The royalties in SOCAN Tariff 7 are 1.2 per cent of gross receipts from admissions, subject to a minimum annual fee of $104.31. An adjustment to reflect Re:Sound's repertoire share of 36.6 per cent yields a rate of 0.44 per cent and a minimum of $38.18. These are the royalties the Board certified.

[NOTE: This decision currently is the subject of an application for judicial review filed by Re:Sound (File: A-353-12).]

October 5, 2012 – SOCAN Tariff 22.A (Online Music Services, 2007-2010) and CSI Tariff (Online Music Services, 2008-2010)

In March of 2006, 2007, 2008 and 2009, SOCAN filed proposed statements of royalties for the communication to the public by telecommunication of musical works by online music services for 2007, 2008, 2009 and 2010. In March of 2007, 2008 and 2009, CMRRA/SODRAC Inc. (CSI) filed proposed statements of royalties for the reproduction of musical works by online music services for 2008, 2009 and 2010.

Bell Canada, Rogers Communications Inc., Telus Communications Company and Videotron Ltd. (jointly the "Cable/Telcos"), Apple Canada Inc. and the Canadian Recording Industry Association (CRIA, now Music Canada) filed objections to the tariffs.

CSI initially requested that the Board proceed with the examination of its tariff. The Board, in agreement with the objectors, rather ruled that it would examine it jointly with those of SOCAN, which was not then ready to proceed.

CSI later requested that the Board jointly examine the tariffs of both societies. The objectors opposed the request again, arguing that, among other things, the Board should not proceed until the Federal Court of Appeal had disposed of the five applications for judicial review of SOCAN's tariffs for online music services certified by the Board in 2007. The Board decided not to wait for the outcome of the proceedings and granted CSI's request to proceed. The matter was heard over eight days in June of 2010.

Over the course of the Board's deliberations, the five applications for judicial review were dismissed. Leave to appeal to the Supreme Court of Canada was granted in three cases (*Bell v. SOCAN*, *ESA v. SOCAN* and *SOCAN v. Bell Canada*) and on July 12, 2012, the Supreme Court of Canada rendered its decisions in these three cases. *[See the summaries of these decisions in the Court Proceedings section of this report.]* These decisions ruled: (a) that the Internet delivery of a permanent copy of a file containing a musical work does not involve a communication of that work; (b) that a communication to the public can result from a series of non-simultaneous transmissions of a musical work (as long as this does not result in the delivery of a permanent copy of a file containing the work); and, (c) that previews of downloads constituted fair dealing for the purposes of research.

On July 20, 2012, the Board issued an order stating that, following the decisions of the Supreme Court, the Board concluded preliminarily that SOCAN no longer has the right to a tariff for permanent or limited downloads and that previews are just as much fair dealing for the purposes of research in 2007-2010 as they were in 1996-2006. Among the options suggested by the Board to take the decisions into account, the parties agreed the Board could adjust its reasons and tariffs without hearing from the parties again. No-one challenged the Board's preliminary conclusions. As such, the Board did not certify a SOCAN tariff for permanent or limited downloads or for previews.

CSI proposed the following rates: for permanent and limited downloads, 9.9 per cent of the amount paid by consumers and subscription revenues, respectively; for on-demand streams, 5.9 per cent for 2008 and 2009; and, 6.1 per cent for 2010 of subscription revenues.

CSI's evidence was based on a report by Messrs. Audley and Hyatt, which updated the Board's calculations in *CSI – Online Music Services (2007)*. In this decision, the Board used as a proxy for the permanent download rate the penny rate paid by the record labels for the reproduction of musical works on a prerecorded CD, and converted this rate into a percentage of the retail price of a download ("MLA model"). As the penny rate has increased since 2007, Audley and Hyatt calculated new rates of 10.0 per cent for 2008 and 2009 and 10.3 per cent for 2010. In its 2007 decision, the Board set the rate for limited downloads at two-thirds of the rate for permanent downloads. Messrs. Audley and Hyatt contended that the CSI rate should be the same for both, by reason that both involve the same uses of the reproduction and communication rights. For on-demand streams, they recommended the rates as ultimately proposed by CSI.

SOCAN's proposed rates for permanent and limited downloads became irrelevant as a result of the Supreme Court decisions. For on-demand streams, SOCAN proposed rates of 8.1, 8.4, 8.3 and 8.5 per cent of gross revenues for each year from 2007 to 2010. SOCAN proposed that the tariff apply to video-clips and that the rates be the same as for audio files.

SOCAN's evidence was based on a report by Dr. Liebowitz in which he argued that increases in the penny rate and the further-enhanced profitability of the digital market relative to

the proxy CD market warranted an increase in the rates. Dr. Liebowitz also was of the opinion that music is as important in video-clips as in audio-only files. He therefore argued that the rate should be the same.

Apple and the Cable/Telcos proposed that the combined royalties payable to SOCAN and CSI for all audio offerings be fixed in a range between 7.5 and 10 per cent for 2008 and 2009 and between 7.5 to 10.3 per cent for 2010, of the amount paid by consumers. For video-clips, they suggested that the SOCAN royalties be set between 0.7 to 2.2 per cent.

Apple and the Cable/Telcos economic expert, Dr. Chipty, concluded that the combined rate for the reproduction and communication of permanent downloads should not exceed the reproduction rate for CDs. She then used the Nash model of economic bargaining to develop a rate as if CSI and SOCAN had bargained with the online music services. This approach yielded combined rates ranging between 7.3 and 8.8 per cent of the retail price of permanent downloads. For video-clips, she adjusted the rates downwards to take into account the non-music contributions (choreography, acting, script, etc.) that add value to video-clips and concluded that the rate should be between 0.7 and 2.2 per cent of a clip's retail price.

CRIA contended that the combined rate for the bundle of rights should be set at 6.96 per cent of the price paid by consumers. With respect to the communication right for video-clips, CRIA agreed with the proposal put forward by Apple and the Cable/Telcos. CRIA's evidence was based on a report by Dr. Barker, which concluded that a comparison with foreign rates was the most suitable way to determine the bundle rate for permanent downloads.

Board's Analysis

Permanent Downloads

The Board rejected the objectors' proposed economic models. Dr. Barker's model was based on unreasonable hypotheses, such as that the MLA model's rate is linked to the retail price of music, which it is not. Dr. Chipty's bargaining model involved three players – SOCAN, CSI, and online services – but that excluded the record labels, leads to unreasonable results. Also, the approach ignored the principle established by the Board that, all things being equal, using two rights should cost more than using only one.

The Board used CSI's approach to determine the CSI rate for permanent downloads and certified a rate of 9.9 per cent for all three years from 2008 to 2010. This corresponded to an increase of 12.5 per cent compared to the rate previously certified.

Limited Downloads

CSI proposed the same rate for permanent and limited downloads. Conceptually, the main difference between permanent and limited downloads from the perspective of the consumer is that the first represents an acquisition, while the second is equivalent to a rental. In both cases, however, only one transmission of a music file is required. As a rule, the market should reflect the lower value of the rental through a lower price. This means that even when applying the permanent



downloads rate to limited downloads, lower royalties would be obtained for the latter, a result that the Board wished to obtain. Consequently, the Board set the same rate as for permanent downloads, that is, 9.9 per cent.

On-Demand Streams

CSI contended that the rate for on-demand streaming be set somewhere between the rate for limited downloads and half the rate CSI gets from the Digital Pay Audio (DPA) services, similar to what the Board did in 2007. SOCAN sought the same percentage of the bundle it had received (62 per cent) based on the argument that the communication right is more important in streams than the reproduction right. No objector took a position on how the royalties should be split between CSI and SOCAN, but they agreed that the bundled rate should be the same for on-demand streaming and for permanent downloads.

The Board decided not to reuse the 2007 formula. It concluded however that the previous formula could serve as a starting point for its analysis. That starting point is 4.6 per cent. The reasons for the increase in the CSI rate for downloads of 12.5 per cent are just as relevant to streams. Therefore, the CSI rate was increased from 4.6 to 5.18 per cent.

The Board found no reason to raise or lower the SOCAN rate for streaming and left it at 7.6 per cent.

Video-clips

Only SOCAN applied for a tariff for the music used in video-clips for 2010. SOCAN argued that the rate for video-clips should be the same as the rate for audio tracks. It maintained that the video-clip is nothing more than a sophisticated presentation of the audio track.

Apple and the Cable/Telcos argued that the entirety of the price differential between the audio track and the video-clip is attributable to non-audio inputs. They proposed that the price of a video-clip be set at the ratio of the mid-price audio track to the mid-price video-clip. The Board agreed and set the rate for on-demand streams of video-clips by applying the proportion of 0.66 to the on-demand streaming rate of 7.6 per cent, which yields a rate of 5.02 per cent.

Rate Base

CSI and the objectors proposed that the rate base remain the amounts subscribers pay for their downloads and streams, while SOCAN asked that the base be expanded to include non-user revenues. The Board agreed with CSI and the objectors. Non-user revenues appear to accrue largely to sites that offer on-demand streams at very low or zero costs to the user. Minimum fees are a response to this. Also, non-user revenues appear to remain relatively modest and determining the role music plays in attracting non-user revenues is far from easy. Finally, the administrative burden created by changing the rate base retroactively would probably outweigh any gains made by doing so.

Minimum Fees

For both permanent and limited downloads, the Board found no reason to modify the formula it used in its previous decision to set

minimum fees, that is to set such fee at two-thirds of the amount generated by the rate. The minimum fees certified are indicated in the table below.

For on-demand streams, the Board concluded that it was preferable to calculate minimum fees in the same way as limited downloads. Since the average monthly subscription price for on-demand streams is unknown, the Board assumed that the subscription price for non-portable limited downloads and for on-demand streams were the same. The minimum fees were set as in the table below.

For video-clips, the Board wanted SOCAN to receive the same amount as for an audio file. The easiest way to do this was to apply the minimum fees for the second to the first.

Ten Per Cent Discount

In 2007, the Board further reduced the rates by 10 per cent, to apply only for the duration of the tariff in question. The Board saw no reason to continue to apply this deduction. In addition, the Board did not apply this discount to video-clips because it does not constitute a new industry.

	Royalties to be paid to CSI (2008-2010)	Royalties to be paid to SOCAN (2007-2010)
Permanent Downloads	9.90% of the amount paid by the consumer *Minimum fee* 3.92¢ per file in a bundle of 13 tracks or more 6.86¢ per file otherwise	n/a
Limited Downloads	9.9% of the amount paid by subscribers *Minimum fee* 99¢ per month, per subscriber, if portable limited downloads are allowed 66¢ if not	n/a
On-Demand Streams	5.18% of the amount paid by subscribers *Minimum fee* Free streaming: 0.09¢ per file streamed per visitor, up to a maximum of 34.53¢ per visitor per month Otherwise 34.53¢ subscriber per month	7.60% of the amount paid by subscribers *Minimum fee* Free streaming: 0.13¢ per file streamed per visitor, up to a maximum of 50.67¢ per visitor per month Otherwise, 50.67¢ per subscriber per month
Video-Clips (2010 only) On-Demand Streams	n/a	5.02% of the amount paid by subscribers *Minimum fee* Free streaming: 0.13¢ per file streamed per visitor, up to a maximum of 50.67¢ per visitor per month Otherwise, 50.67¢ per subscriber per month

December 21, 2012 – Commercial Radio Tariff – Application to Vary

[This decision is summarized in the General Regime section of this report.]

January 18, 2013 – SOCAN Tariff 24 (Ringtones, 2003-2005 and Ringtones and Ringbacks, 2006-2013) – Application to Vary

On June 29, 2012, the Board certified SOCAN Tariff 24 for the years 2006-2013. This tariff applies to ringtones (a digital audio file whose performance indicates an incoming telephone call) and ringbacks (a digital audio file whose performance is heard by the person calling before the call is answered). *[This decision is summarized before in this section of the report.]*

Following two decisions of the Supreme Court of Canada, *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* [*ESA*] and *Rogers Communications Inc. v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* [*Rogers*], Bell Mobility, Rogers Communications Partnership, TELUS Communications Company and Quebecor Media Inc. asked the Board to modify the SOCAN tariff for the years 2003 to 2005 ("the 2003-2005 tariff") and the SOCAN tariff for the years 2006 to 2013 ("the 2006-2013 tariff") by repealing them. According to the Applicants, *ESA* and *Rogers* establish the principle that an Internet transmission of a permanent copy of a file containing a musical work does not involve and has never involved a communication of that work, such that the two tariffs are null and should be repealed. Apple Inc. supported the request while SOCAN opposed it. The request was abandoned for ringbacks.

According to article 66.52 of the *Copyright Act*, the Board has the power to modify a decision if it believes that there has been a material change in circumstances since the time the decision was issued. Nevertheless, the Board rejected the application to vary the 2003-2005 tariff and the 2006-2013 tariff up to November 6, 2012, the last day before the coming into force of amendments dealing with the so-called making available right of Canadian authors, performers, and makers. The Board found that the application, if accepted, would accomplish no more than what is already set forth in the two tariffs, which stipulate that no SOCAN license is required if the transmission of a ringtone is not a protected use of SOCAN's repertoire and that the Applicants do not have to comply with the tariffs.

The Board was of the opinion that the question is one of the legal effect of certified tariffs and whether the Applicants have the right to reimbursement of royalties paid or have to continue to pay royalties. In addition, with respect to the 2003-2005 tariff, it would ill-behoove the Board to set aside a decision upheld by the Federal Court of Appeal, especially when leave to appeal to the Supreme Court of Canada was refused.

Unlike the Applicants and SOCAN, who submitted that the power to rescind a decision is included in the power to modify, the Board is of the opinion that it should not read into the *Act* powers that are not contained therein. The Board's power to vary is limited to the power to change aspects of an

existing relationship between rightsholders and users when required by a material change in circumstances. It does not include or extend to the authority to end their relationship or to declare that such relationship no longer exists. In the Board's opinion, the power to refuse to certify a tariff *ex ante* does not of itself imply that the power to vary such tariff will include the power to rescind it *ex post facto*. Furthermore, if the Applicants' interpretation was correct, it would imply that Board decisions are never final.

The Board found that even if it had the power to repeal the tariff, it would have rejected the Applicants' request, since the courts, not the Board, are the appropriate forum to deal with the issues raised. They are all questions of ordinary law which include whether and if so, to what extent, the principle of finality requires that a certified tariff be binding on all concerned even though it relies on an interpretation of the law now known to be incorrect. In addition the question of whether the Applicants are entitled to a royalty refund raises a number of legal issues including mistake of law or mistake of fact, restitution and unjust enrichment. A decision of a court would be more effective and would have more immediate and more general effect.

In essence, the application was about whether SOCAN can enforce the tariff, i.e. whether the Applicants are entitled to a refund for the past and whether SOCAN can invoke the 2006-2013 tariff to get paid for the future. Enforcement issues are outside the power of the Board.

To the extent that the 2006-2013 tariff is not otherwise enforceable, the coming into force of amendments to the *Act* dealing with the so-called making available right of Canadian authors, performers and makers on November 7, 2012 may validate SOCAN's royalty claim notwithstanding *ESA*. For this reason, the application to vary the 2006-2013 tariff beginning from November 7, 2012, will be examined in due course.

Copyright Board of Canada

General Regime



Background

Sections 70.12 to 70.191 of the *Act* give collective societies that are not subject to a specific regime the option of filing a proposed tariff with the Board. The review and certification process for such tariffs is the same as under the specific regimes. The certified tariff is enforceable against all users; however, in contrast to the specific regimes, agreements signed pursuant to the general regime take precedence over the tariff.

Filing of Tariff Proposals

The following tariff proposals were filed with the Board in March 2013 pursuant to section 70.13 of the *Act*:

- Tariff filed by the Audio Visual Licensing Agency (AVLA) for the reproduction of sound recordings by the Canadian Broadcasting Corporation (CBC), in Canada, in connection with its over-the-air radio broadcast, for the years 2014 to 2016;
- Tariffs filed by the Canadian Broadcasters Rights Agency (CBRA) for the fixation and reproduction of works and communication signals, in Canada, by commercial and non-commercial media monitoring, for the years 2014 to 2016;
- Tariffs filed by CMRRA-SODRAC Inc. (CSI) for the reproduction of musical works, in Canada, by non-commercial radio stations, commercial radio stations, and online music services, for the year 2014;
- Tariffs filed by the Society for Reproduction Rights of Authors, Composers and Publishers in Canada (SODRAC) for the reproduction of musical works embedded in music videos, in Canada, by online music services and for the reproduction of musical works embedded in cinematographic works, for the year 2014;
- Tariff filed by the Canadian Musical Reproduction Rights Agency (CMRRA) for the reproduction of musical works embodied in music videos, in Canada, by online music services, for the year 2014; and,
- Tariff filed by Access Copyright for the reprographic reproduction, in Canada, of works in its repertoire by post-secondary educational institutions for the years 2014 to 2017.

Hearings

During fiscal year 2012-13, the Board held a hearing (from October 23 to November 5, 2012) to examine the question of fair and equitable royalties to be paid by provincial and territorial governments for the right to make reprographic reproductions of protected works.

Decisions

Four decisions were rendered during the fiscal year, as follows:

October 5, 2012 – SOCAN Tariff 22.A (Online Music Services, 2007-2010) and CSI Tariff (Online Music Services, 2008-2010)

[This decision is summarized in the Public Performance of Music section of this report.]

November 2, 2012 – SODRAC Tariff 5 (Reproduction of Musical Works in Cinematographic Works for Private Use or for Theatrical Exhibition, 2009-2012)

On March 28, 2008, pursuant to subsection 70.13(1) of the *Act*, SODRAC filed proposed Tariff 5 for the reproduction, in Canada, of musical works embedded into cinematographic works for the purposes of distribution of copies of the cinematographic works for private use or of theatrical exhibition for the years 2009 to 2012. The proposal was published in the *Canada Gazette*.

The Canadian Association of Film Distributors and Exporters (CAFDE), the Motion Pictures Theatre Associations of Canada (MPTAC) and the Canadian Motion Picture Distributors Association (now Motion Picture Association – Canada) (MPA-C) filed timely objections to the proposal. On June 4, 2009, MPTAC withdrew its objection, as did MPA-C who asked to remain as an intervenor; that application was denied.

The Board consolidated the proceedings in this tariff with the SODRAC v. CBC/Astral arbitrations. The hearings started on June 1st, 2010, and lasted for 13 days.

Tariff 5 concerns two types of copies of music: DVD copies for retail sale or rental, and theatrical copies for showing as a movie.

Initially, SODRAC proposed a DVD rate of 1.2 per cent of distribution revenues subject to minimum fees of 8¢ per DVD sold to consumers and 32¢ per DVD rented to consumers. SODRAC revised its proposed rate to 1.92¢ for the first fifteen minutes, 1.18¢ for the next fifteen minutes and 0.71¢ thereafter. For background music, the proposed rate was 0.78¢, 0.47¢ and 0.28¢, respectively.

CAFDE contended that producers had already cleared the required rights through to the viewer. CAFDE's alternative proposal was a tariff that did not differentiate between foreground and background music. The Board understood CAFDE's proposal at the time to be 0.65¢ per minute for the first 15 minutes, 1.25¢ for the next fifteen minutes and 2.0¢ for the rest, and that royalties would be capped at 1.2 per cent of distribution revenues. *[The Board's understanding was false, see below.]*

CAFDE argued that the Board should not impose a separate tariff on theatrical copies by reason that producers already clear the necessary rights. A trailer has no commercial value and generates no revenues because the movie-going public will not pay to see it. CAFDE's alternative proposal was $100 per distributor per year.

The Board abandoned the percentage rate of 1.2 per cent in favour of the rate structure used for CBC sales of programs to consumers for three reasons. First, that structure appears to have served CBC and SODRAC well. Second, the parties agreed to use this structure. Third, this approach allows royalties to vary with the extent to which distributors need access to the SODRAC repertoire.

The tariff was set at 0.65¢ per minute, per copy for the first 15 minutes, 1.25¢ for the next fifteen minutes and 2.0¢ for the rest.

The Board did not cap royalties at 1.2 per cent of distribution revenues because it did not have any reason to believe either that the cap is appropriate or that the cap should be 1.2 per cent.

The Board also certified a nominal tariff for theatrical copies, trailers (except out-of-context uses) and other distribution incidental copies of $100 per year for each distributor who distributes any film containing any SODRAC music, for the following reasons.

First, the Board had to set a price for these copies. Second, SODRAC offered no evidence in support of its proposed rate of 1.2 per cent of distribution revenues. Third, SODRAC failed to demonstrate that distribution incidental copies have any standalone significant value. Fourth, the vast majority of movies shown in Canadian cinemas are American. American movie producers tend to clear the rights required making distribution incidental copies of music except for out-of-context use in trailers.

[NOTE: This decision currently is the subject of an application for judicial review filed by CAFDE (File: A-525-12) and was suspended by the Board on December 20, 2012, as described below.]

December 20, 2012 – Interim Decision on SODRAC Tariff 5 (Reproduction of Musical Works in Cinematographic Works for Private Use or for Theatrical Exhibition, 2009-2012)

[Note that the decision was issued on December 20, 2012, with reasons to follow. Those reasons were issued on April 26, 2013. What follows is a summary of those reasons.]

On November 2, 2012, the Board certified *SODRAC Tariff no. 5 (Reproduction of Musical Works in Cinematographic Works for Private Use or for Theatrical Exhibition), 2009-2012.*

On December 3, 2012, CAFDE asked the Board to amend this tariff. CAFDE alleged that the Board, after stating that it wished to certify the tariff proposed by CAFDE, had certified something else. SODRAC objected to this request. It submitted that the November 2 decision does not establish that the Board intended to accept CAFDE's proposal. It added that, in any event, the Board did not have the implicit or express authority to amend the tariff.

The Board concluded that its November 2 decision contained a palpable error. The Board stated that it "accept[ed] the distributors' proposition." It believed this proposal was, like the CBC 2002 Agreement, a cents-per-minute, per-copy rate, whereas CAFDE's proposal was actually for a cents-per-copy rate, depending on the amount of music used. The Board misinterpreted CAFDE's proposal, leading to royalties that are 15 times higher or even more than the Board intended to certify.

The Board has the authority to correct this error, for two reasons. First, the error is palpable, and the Board has the authority to correct such an error. Second, the error led to the certification of a tariff *ultra petita*, thereby resulting in a breach of procedural fairness.

The Board's error was not a simple clerical error. It was also not an error apparent from a mere reading of the decision; it was, however, an error on the face of the record.

CAFDE relied on *Chandler v. Alberta Association of Architects* to allege that the principle of finality should be applied more flexibly to administrative tribunals. This flexibility would require that the Board be allowed to reopen its decision to correct its error. By contrast, SODRAC submitted that *Chandler* is not relevant. The Board does not have the authority to correct the error, even if we assume there is one. In support of its argument, SODRAC relied on *Munger v. Cité de Jonquière*.

The Board erred. It believed it was using one tariff structure while it was actually certifying another. The source of the error was inadvertence or distraction. It was also palpable. Without doubt, what the Board thought CAFDE sought was not what CAFDE proposed. It follows that the Board had the authority to reopen its decision and correct its error. This pragmatic conclusion was made all the more necessary by the fact that on judicial review, the Federal Court of Appeal would have no choice but to allow the application and remit the matter to the Board. Waiting for that to happen will result in a sub-optimal use of the time and resources of that jurisdiction.

The Board then turned to the *ultra petita* issue. CAFDE submitted that the certified tariff imposes higher royalties for certain uses than what SODRAC requested in its original proposed tariff. As a result, the Board exceeded its jurisdiction and must be able to reopen the decision. On the other hand, SODRAC argued that the Board is not obliged to accept the full position of either party and may vary the royalties and their related terms and conditions on the basis of what it deems to be necessary.

It is easily established that the royalties payable under the certified tariff will ultimately exceed what would have been payable under SODRAC's proposal. That led the Board to conclude that the decision was *ultra petita*, both for individual works and as a whole.

In *Canadian Private Copying Collective v. Canadian Storage Media Alliance (2005)*, the Federal Court of Appeal determined that the Board may certify a tariff that is higher than the one proposed by a collective, without regard to the *ultra petita* principle, as long as procedural fairness is not breached. In this instance, as the parties did not have an opportunity to be heard on the selected tariff structure, procedural fairness was breached. This breach rendered the certification of SODRAC Tariff 5 null and void.

The Board suspended the application of the 2009-2012 tariff and granted the application for an interim decision.

December 21, 2012 – Commercial Radio Tariff – Application to Vary

On July 9, 2010, the Board certified the *Commercial Radio Tariff (SOCAN: 2008-2010; Re:Sound: 2008-2011; CSI: 2008-2012; AVLA/SOPROQ: 2008-2011; ArtistI: 2009-2011)*. In respect of SOCAN and Re:Sound, the tariff targets the communication of musical works, as well as sound recordings of these works and performances incorporated in these recordings. In respect of CSI, AVLA and the *Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec* (SOPROQ) (jointly AVLA/SOPROQ), as well as ArtistI, the tariff allows the reproduction of these same works, recordings and performances.

As of December 21, 2012, commercial radio stations continued to pay royalties under the tariff. In every respect except one, these were interim royalties, by operation of subsection 68.2(3) and section 70.18 of the *Act*. The royalties were final with regard to CSI, for which the tariff expired on December 31, 2012.

On November 7, 2012, certain provisions of the *Copyright Modernization Act*[1] came into force. The next day, the Canadian Association of Broadcasters (CAB) requested that the Board: (1) issue an interim decision reducing the royalties paid by commercial radio to CSI, AVLA/SOPROQ and ArtistI by 90 per cent, from November 7, 2012 until the Board renders a decision on the merits; (2) declare that, as of that same date, there is no longer a legal basis for a tariff targeting the reproduction of a sound recording, or a performer's performance or work that is embodied in a sound recording, by commercial radio stations; and (3) issue a decision rescinding the CSI tariff as of that same date.

CAB's application was based on recently enacted sections 29.24 and 30.71 of the *Act*, section 30.9 as amended, and *SOCAN v. Bell Canada*. Essentially, CAB submitted that their combined effect was such that stations were no longer making reproductions protected by copyright since listening to and creating copies for evaluation purposes is fair dealing for the purpose of research under section 29 of the *Act*; the stations' programming process, from putting together the content to broadcasting, is a single technological process within the meaning of section 30.71 of the *Act*; backup copies are permitted under section 29.24 of the *Act*; and all of the stations are in compliance with section 30.9 of the *Act*.

The Board's decision was rendered on the basis of the facts alleged by CAB and on findings of facts made by the Board in previous cases. No one else was asked to provide arguments for or against the application.

The Board found that it is incorrect to claim that because of the rules invoked by CAB, there is no legal basis for any tariff dealing with the reproduction of a sound recording, or a performer's performance or work that is embodied in a sound recording, by commercial radio stations. Assuming that every station could rely on all of the provisions on which the application is based at the time of the determination, it would be impossible for them to prove that they would comply with them in the future. Each station must show whether it may avail itself of an exception in respect of each protected use the station makes. Some might not be able to show that they comply with all of the conditions of all the exceptions for all of the reproductions they make.

The question of the impact of the rules invoked by CAB on the scope and value of the protected reproduction activities in which stations may engage will have to be resolved.This may result in the certification of reduced royalties or of a scaled tariff allowing a station to pay more or less depending on its compliance with the conditions provided for under these exceptions.

1. S.C. 2012, c. 20. (Previously Bill C-11)

The Board decided that it is preferable to dispose of the application on the merits at the same time as for all of the proposed tariffs for commercial radio, rather than as part of a process dealing solely with CAB's claims.

The Board found that CAB's arguments could not justify a royalty reduction for an entire industry unless all the stations operate in the same way and noted that CAB has always insisted that the proceedings in which it participates be split up as little as possible.

As such, the Board found that the application would have to be decided on the merits and that it would be preferable to consider it at the same time as all other issues raised by the proposed tariffs for commercial radio. The tariff was made interim from November 7, 2012 for CSI. In all other respects, the Board denied the application for an interim decision.

January 18, 2013 – Access Copyright Tariff (Educational Institutions, 2005-2009) – Redetermination

On June 26, 2009, the Board issued its reasons for certifying the *Access Copyright Elementary and Secondary School Tariff, 2005-2009* ("Access Tariff"). The royalties were set at $5.16 per full-time equivalent (FTE) student, based on a volume survey conducted by the parties. Of the slightly more than 246 million copies for which royalties were set, 6,995,451 were for ministry examinations and 16,861,583 were "Category 4" copies, that is, at the teachers' initiative with instructions to students that they read the material.

Judicial review of this decision was rejected in part by the Federal Court of Appeal. Leave to appeal that decision was granted and the appeal was heard by the Supreme Court of Canada. *[See the summary of the Supreme Court decision in the Court Proceedings section of this report.]*

The Federal Court of Appeal remitted the decision to the Board in part, to determine the meaning of the words "in a medium that is appropriate for the purpose" as found in subsection 29.4(3) of the *Copyright Act* and to assess whether examination copies came within the meaning of these words. The Supreme Court of Canada concluded that the Board had erred in its application of the principle of fair dealing to Category 4 copies and remitted the matter to the Board for redetermination.

Following the Supreme Court of Canada decision, the Board ruled on September 19, 2012, after consulting with the parties, that all that needed to be done was to determine the impact of removing Category 4 copies from the calculation of the FTE rate with the result that the FTE rate was lowered from $5.16 to $4.81.

With respect to the decision of the Federal Court of Appeal remitting the matter to the Board, the parties agreed that the Board should rule on the basis of the existing record and of additional written arguments. Subsection 29.4(2) of the *Act* provides that it is not an infringement of copyright for an educational institution to copy a work as required for a test or examination. Subsection 29.4(3) provides that subsection (2) does not apply if the work is commercially available in a medium that is appropriate for the purpose referred to in subsection (2).

The *Act* required the Board to determine whether the works were commercially available and whether such availability was in an

appropriate medium. The Federal Court of Appeal concluded that the Board did the first, not the second. The sole remaining task was to do the second.

The objectors argued that subsection 29.4(3) exists to protect existing markets. To be in an appropriate medium, the work must already be in the physical form the teacher will use to administer the test or examination (e.g., standardized tests that are sold to educational institutions). Legal authorization to transfer a work to a medium does not make the work available in that medium. Access argued that a licence to copy a work to a medium makes the work available in that medium and if the medium on which the work is copied is appropriate for the purposes of a test or examination, the carve-out applies.

The Board concluded that if the tariff authorizes an institution to copy a work onto the medium that will be used to administer a test or examination, the work is available "in a medium that is appropriate for the purpose" of that test or examination.

To interpret subsection 29.4(3) (and thus, by extension, subsection 30.1(2)) as the objectors suggest would render paragraph (*b*) of the definition of "commercially available" meaningless. If a licence does not make a work available in any medium, the "appropriate medium" condition can never be satisfied through a licence being available within the meaning of paragraph (*b*). Access submitted that a licence to copy a work to a medium makes the work available in that medium. This interpretation does not lead to absurd results; on the contrary, it is the only one that gives meaning to paragraph (*b*) of the definition of "commercially available". A work for which a collective's licence is available is available in an appropriate medium if, and only if, the licence authorises the institution or teacher to use (copy, perform, communicate) the work in the medium that is appropriate to that particular test or examination.

Arbitration Proceedings



Pursuant to section 70.2 of the *Act*, on application of the collective society or the user, the Board can set the royalties and the related terms and conditions of a license for the use of the repertoire of a collective society subject to section 70.1, when the collective society and a user are unable to agree on the terms of the license.

In 2012-13, the Board did not hear any applications for arbitration.

Requests

The Board received one request for arbitration in the year 2012-13, as follows:

- February 4, 2013 – Request for arbitration between SODRAC and Astral for a final licence for the period September 1st, 2012 to August 31, 2016.

Decisions

The Board rendered three decisions during the fiscal year, as follows:

April 30, 2012 – SODRAC v. CBC (Interactive Kiosks, Explora, Blanket Licence, 2012-2016) – Interim Decision

This decision disposed of all pending applications by SODRAC for interim licences targeting the use of its repertoire by CBC for the interactive kiosks, the Explora service, and all other uses of SODRAC works.

On December 16, 2011, SODRAC asked the Board to set the terms and conditions of an interim and final licence for the reproduction of musical works in its repertoire by CBC in eight interactive kiosks. These kiosks, installed throughout Canada and available from October 31, 2011 to March 28, 2012, provided public access to musical moments, photos and videos from Radio-Canada's archives as a tie-in with a CD box set celebrating the 75th anniversary of CBC. SODRAC asked for interim royalties of $1 per work in the repertoire of SODRAC, since the parties could not have reasonably contemplated this activity when SODRAC and CBC reached their first licence agreement in 1992. CBC argued that the contemplated use was already targeted in subparagraph 2(e) of the March 2009 interim licence, a general provision relating to all reproduction activities not expressly targeted in earlier provisions. The Board agreed with SODRAC and granted the application for an interim licence.

On March 26, 2012, SODRAC asked the Board to set, on an interim and final basis, the terms and conditions of a blanket licence for the reproduction of musical works in its repertoire by CBC for the period from April 1, 2012 to March 31, 2016. The application also targeted the Explora service, from its launch on March 28, 2012.

SODRAC argued that an interim licence is needed to prevent a legal void beyond March 31, 2012. It proposed that the March 2009 interim licence be extended starting on April 1, 2012, and until the Board disposes of the arbitration for the blanket licence for 2008 to 2012. From that date, SODRAC proposed that the final licence for 2008-2012 apply on an interim basis. CBC argued that the application is both unnecessary and premature. It is unnecessary because section 1 of the March 2009 interim

licence already stipulates that it applies until the Board disposes of the matter under advisement; as a result, no legal void exists. It is premature because the parties cannot negotiate a licence for the period starting April 1, 2012 until a decision has been issued in the matter under advisement.

The Board agreed with SODRAC. The application is not premature. The conditions set out in section 70.2 of the *Copyright Act* have been met. Neither is the application unnecessary. The March 2009 interim decision does provide that it applies until the Board disposes of the matter under advisement. That decision targets uses ending on March 31, 2012. The date has passed. It is therefore possible, if not probable, that the March 2009 interim licence has ceased to be in effect.

The application with respect to Explora was granted, given the consent of CBC, at a rate of $1 per month.

November 2, 2012 – SODRAC v. CBC/SRC and SODRAC v. Astral

Two licences were delivered as part of this matter:

- A licence for the reproduction of musical works in SODRAC's repertoire by the Canadian Broadcasting Corporation (CBC) from November 14, 2008 to March 31, 2012.
- A similar licence for the specialty television channels of *Les Chaînes Télé Astral* other than *MusiquePlus, MusiMax* and Teletoon Inc. (Astral) from December 19, 2008 to August 31, 2012.

The CBC arbitration concerned all reproductions of musical works made by CBC in its television, radio and Internet operations. The Astral arbitration concerned only copies made in its specialty television and Internet operations; its radio activities were not at issue.

Until March 31, 2009, two agreements defined the relationship between SODRAC and CBC. The first, reached in March 1992, licensed the use of the SODRAC repertoire on radio, on television and for certain ancillary purposes ("the 1992 Agreement"). The second, reached in October 2002, allowed the use of the same repertoire in programming merchandise such as DVDs ("the 2002 Agreement"). Both agreements were renewed by the parties until the Board issued an interim licence for CBC on March 31, 2009.

No such agreements existed between Astral and SODRAC. The Board also issued an interim licence for Astral on December 14, 2009.

The Board consolidated the examination of both arbitration matters and SODRAC Tariff 5 (Reproduction of Musical Works in Cinematographic Works for Private Use or for Theatrical Exhibition). *[The decision rendered is summarized in the General Regime section of this report.]* The hearings started on June 1, 2010 and lasted for 13 days.

SODRAC argued that the synchronization licences it issues to producers do not authorize downstream copies. Consequently, Astral and CBC must licence all broadcast-incidental copies they make. CBC also needs a licence to create, use, distribute and otherwise market its in-house productions and co-productions.

SODRAC proposed deriving royalties for broadcast-incidental and synchronization copies by using ratios derived from earlier Board decisions and existing licensing contracts.

CBC and Astral argued that a functioning market currently exists, since producers who synchronize music into an audiovisual work secure through-to-the-viewer licences. CBC acknowledged that it needs a SODRAC synchronization licence, but only for its television in-house productions, for its television co-productions and for its radio activities. This licence should be through to the viewer, to reflect market practices. Astral's position was that it does not need a licence. It asked that the royalties for its licence be either zero or very low, and include all Internet uses.

SODRAC relied on the testimony of two experts. Dr. Michael Murphy described the digital content management systems used by CBC and Astral. In his opinion, radio and television use similar or identical technologies; their uses of the reproduction right and the nature of the copying activities are comparable. Professor Marcel Boyer commented on the Board's use of ratios to set tariffs. According to him, using ratios is appropriate to capture the relative intensity and importance of uses, whether it be the same right in separate markets or separate rights in the same market. Professor Boyer's review of earlier Board decisions led him to conclude that the Board generally favours a 3 to 1, primary to secondary ratio, adjusted to market circumstances.

CBC and Astral argued that the established practice for licensing music used in audiovisual works is for the producer to secure a buyout licence, that SODRAC's licensing practices are inconsistent with those of the rest of the industry and that broadcast-incidental copies are part of the business of broadcasting. Broadcasters expect the ability to make such copies is secured by the producer in the synchronization license.

Dr. Gerry Wall and Bernie Lefebvre, two experts for CBC and Astral, concluded that any fee set for broadcast-incidental copies should be nominal to reflect their inherently low value and to avoid discouraging the adoption of new technology and that a through-to-the-viewer synchronization license fee can be set based on actual market rates, adjusted for market conditions.

Board's Analysis

The Board noted that copyright owners are generally free to structure their dealings with users as they wish. However, owners who ask a collective society to administer their rights are no longer free to structure their copyright dealings as they wish. Once the Board sets the terms and conditions of a licence, concerned users can insist that the collective society deal with them accordingly. Finally, the Board cannot impose liability where the *Act* does not or remove liability where it exists.

The Board also examined how synchronization licences are designed and issued by copyright owners generally, and by SODRAC in particular. To the extent that its licensing practices are both consistent and significant in the relevant market, they cannot simply be set aside as deviant. The record of these proceedings confirmed that licensing practices for the use of music in audiovisual works are far more

complex and varied than either side suggests. Producers generally negotiate synchronization licences one at a time. Practices vary from market to market.

The Board disagreed that through-to-the-viewer licensing in general, and buyouts in particular, is the dominant model in the rest of Canada. The Board reviewed the large number of licences signed by SODRAC and other copyright owners filed in these proceedings and concluded that outright buyouts are not the dominant model in Canada and that SODRAC licences are not ambiguous. The collective has issued few, if any, through-to-the-viewer licenses. Furthermore, when a SODRAC licence authorizes the user to authorize copies made by a third party, that user is, virtually always, the broadcaster, not the producer.

Setting the Royalties

In establishing the royalties, the Board began by setting out some general propositions. First, when new technologies involve the use of additional copies, some of the benefits associated with the technologies must be reflected in the remuneration that flows from these incidental, additional copies. Second, the Board can only rule on the licensing relationship between SODRAC and CBC/Astral. The Board cannot dictate to SODRAC or the producers how they will deal with one another, let alone influence the conduct of producers who deal with copyright owners other than SODRAC. Third, producers should remain free to decide whether they wish to offer a turnkey service for the audiovisual works they licence, or whether they wish to pay only for the rights they use. The most the Board could do was to design the broadcaster's licence in such a way that it need not pay royalties when the producer is able to provide the broadcaster with the needed authorization.

SODRAC does not represent all copyrighted music. A repertoire adjustment needed to be applied to the rate for radio broadcast-incidental copies. SODRAC performed a detailed analysis and concluded that its repertoire represents 34.5 per cent of music played on radio. CBC suggested using 33 per cent instead, reflecting the fact that the CMRRA-CBC Radio Agreement postulates that the CMRRA repertoire represents 67 per cent of music played. The CMRRA figure is a rough estimate. The Board adopted the more transparent and accurate analysis performed by SODRAC.

Broadcast-incidental Copies – Radio

CBC, relying on the testimony of Messrs. Wall and Lefebvre, proposed using the 1992 Agreement as starting point. SODRAC disagreed, if only because at the time, neither party had any information with respect to the use being made of its repertoire. SODRAC proposed to use the approach in the CMRRA-CBC Radio Agreement and set the royalties for the reproduction right at one third of those for the communication right, adjusted for repertoire, or $170,986 per year. CBC argued that this would result in increases that are out of line with historical changes in copyright payments to SOCAN. The Board saw no reason to simply set aside the CMMRA-CBC Radio Agreement, the best benchmark available in these proceedings. The Board used this Agreement as validation of the 3.2-to-1 ratio used in *Commercial Radio (2010)*.

Broadcast-incidental Copies – TV

Astral and CBC sought royalties that were either nil or very low, based on the assumption that they do not need a licence for such copies. Thus, Messrs. Wall and Lefebvre proposed valuing any licence for Astral's broadcast-incidental copies at no more than 5 per cent of the total value of the licences secured by the producers whose programs are aired on Astral stations. The Board disagreed since through-to-the-viewer licensing is not as prevalent in the relevant market as the objectors maintained.

Relying on Dr. Murphy's testimony that the use of copies on radio and television is virtually the same, SODRAC argued that a ratio analysis that is valid for CBC radio is equally valid for CBC television and that any ratio analysis valid for CBC television is equally valid for Astral. This led SODRAC to propose royalties of $1,069,078 for conventional television broadcast-incidental copies and 0.63 per cent of gross income, adjusted for repertoire use, for specialty television. The Board agreed with SODRAC, applied the same ratio for television as for radio and certified the rates as indicated in the table below.

Synchronization

For synchronizing musical works into in-house productions and co-productions for CBC, SODRAC proposed royalties of $1,381,248 for conventional television, 0.393 per cent of gross revenues for *RDI* and 0.124 per cent of gross revenues for News Network. To set these rates, SODRAC used the ratio of 1.9 that exists between permanent downloads and on-demand streams and applied it to the broadcast-incidental reproduction rate to obtain the synchronization reproduction rate. Messrs. Wall and Lefebvre challenged this approach, arguing that it is awkward to set the value of a primary right as a function of a secondary right. Also, the similarities between the online music services and television markets are far from obvious. CBC rather proposed to use the 1992 Agreement as starting point. Alternatively, CBC proposed using blanket synchronization licenses between SODRAC and certain broadcasters to derive comparable, blanket through-to-the-viewer royalties for CBC. The Board agreed with SODRAC that this approach failed to consider differences in revenues and scale of operations, assumed similar use patterns of the relevant repertoires and wrongly assumed that each broadcaster produces programs in-house.

CBC finally proposed to determine the amount, in seconds, of pre-existing and commissioned musical works in the repertoire of SODRAC used in its in-house productions and co-productions during the course of a year and to multiply it by the set price for each category. The Board estimated that this transaction-based approach provides the best estimate of the royalties. Since it relies on CBC's actual use of the repertoire, it can be adjusted to CBC's music consumption patterns. It applies different prices to pre-existing and commissioned work, as is the case in the existing market and yields sufficiently reliable and fair results. The rates the Board certified are shown in the table below.

Internet Audio and TV

The CMRRA-CBC Radio Agreement sets royalties of four per cent of conventional radio royalties for simulcasting and streams, and three per cent for podcasting, resulting in a total Internet royalty "top up" of seven

Items	CBC rates	Astral rates
Broadcast-incidental copies – Radio		
2008	$174,476	
2009	$177,251	
2010	$180,955	
2011	$184,574	
2012	0.1065 x 2012 SOCAN royalties	
Broadcast-incidental copies – TV	**Conventional television** 14.478% of SOCAN royalites **RDI** 0.217% of gross income **News Network** 0.093% of gross income **Bold** 0.253% of gross income **Documentary Channel** 0.347% of gross income	As % of gross income: *VRAK.TV:* 0.296% *Canal D:* 0.168% *Canal Vie:* 0.130% *Ztélé:* 0.085% *Historia:* 0.113% *Séries+:* 0.163% Teletoon (English): 0.114% *Télétoon (French):* 0.125% Teletoon Retro (English): 0.0004% *Télétoon Rétro (French):* 0.002%
Synchronization (per year)		
Pre-existing musical works	$581,749	
Commissioned musical works	$250,730	
Internet		
Audio (Internet services and podcasting)	4% + 3% of conventional radio royalties	
TV	4% of all TV royalties	4% of all TV royalties
Sale of programs to consumers for private use (per minute)		
Feature music		
First 15 minutes	1,44¢	
Next 15 minutes	0,87¢	
Thereafter	0,52¢	
Background music		
First 15 minutes	0,58¢	
Next 15 minutes	0,35¢	
Thereafter	0,21¢	
Sale or licensing of programs to third-party broadcasters and carriers	3% of revenues, adjusted for repertoire	

per cent. SODRAC proposed the rate of seven per cent for audio and four per cent for TV. CBC did not propose a royalty amount, arguing that Internet-related copies have little value and that audio and audiovisual services only use music owned by persons who warrant that they are not members of any copyright collective. The Board already found that copies required to facilitate the use of new modes of delivery deserve remuneration. According to the Board, the Agreement's price is as reliable a benchmark for Internet as it is for conventional radio. The Board certified the rates as proposed by SODRAC.

Sales of programs to consumers for private use (DVDs and downloads)

With respect to DVD copies, CBC sought the status quo while SODRAC proposed a 57 per cent increase, without providing any supporting evidence. The Board preferred using the existing rates, adjusted for inflation.

With respect to online sales, SODRAC proposed to set the same royalty rate as for DVD sales. CBC stated that based on its understanding of the market, the fees for online sales should be lower than for DVD copies. Given the lack of evidence, the Board saw no reason to treat these types of sales differently.

Sale or licensing of CBC programs to third-party broadcasters and carriers

SODRAC proposed that the royalties for copies CBC makes in connection with the sale or licensing of programs to third-party broadcasters and carriers be the same as those the Board set in 2000 for *MusiquePlus*, or three per cent of revenues, adjusted for actual repertoire use in the licensed program. CBC asked instead to rely on a recent licence between SODRAC and a Quebec broadcaster, who does not pay additional royalties for such copies. The agreement CBC referred to is not a reliable benchmark and appeared to be atypical. By contrast, the rate set in *MusiquePlus (2000)* was *prima facie* reasonable. The royalties were thus set at three per cent of revenues, adjusted for repertoire.

The Board estimated the amount payable by CBC in 2008 for all its uses of the SODRAC repertoire, excluding the sale of programs to consumers and the licensing of CBC programs to third-party broadcasters and carriers to be $2.3 million. For Astral, the Board estimated the royalties payable at $370,000.

[NOTE: This decision currently is the subject of two applications for judicial review: one filed by CBC (File: A-516-12) and the other by Astral (File: A-527-12).]

January 16, 2013 – SODRAC v. CBC/SRC – Interim Decision

This decision dealt with the application for an interim licence by SODRAC for the use of its repertoire by CBC.

On March 26, 2012, SODRAC asked the Board to set the interim and final terms of a licence authorizing CBC to reproduce works from the SODRAC repertoire from April 1, 2012, to March 31, 2016. The application also concerned the Explora channel.

SODRAC proposed that the interim licence issued on March 31, 2009 be extended until the

Board render a final decision in the application for arbitration filed by SODRAC for the period from November 14, 2008, to March 31, 2012. On April 30, 2012, the Board allowed the application and established an interim royalty of $1 per month for the Explora channel.

On November 2, 2012, the Board rendered its final decision on the November 14, 2008 licence application (the "2008-2012 licence"). The next day, SODRAC asked the Board that, effective November 3, 2012, the 2008-2012 licence frame its relationship with CBC on an interim basis pending the Board's final decision with respect to the licence application for the 2012-2016 period. The application suggested an additional interim royalty of $1 per month for activities related to the Explora channel, which was not targeted by the 2008-2012 licence.

CBC claimed that the 2008-2012 licence in no way represents the status quo, for three reasons. First, the 2008-2012 licence imposed a significant retroactive increase. Citing its difficult financial situation, CBC claimed that it is being forced to review immediately its dealings and to adjust its operations, for example by switching to a transactional licensing model for clearing reproduction rights for synchronization purposes. Second, copyright case law has evolved. In particular, in *SOCAN v. Bell Canada*, the Supreme Court clarified the Canadian concept of fair dealing, with material consequences in this instance. Third, the *Copyright Modernization Act* came into force on November 7 of last year. This statute, particularly new sections 29.24 and 30.71 and section 30.9 as amended, also has material consequences in this instance.

SODRAC argued that the interim application of the rates and terms of the 2008-2012 licence would harm no one. CBC remains free to adjust its practices and attempt to clear rights on a transactional basis. An adjustment can be made to the final licence if CBC is able to demonstrate changes in its actual use of the SODRAC repertoire. SODRAC also argued that eliminating the blanket licence at the interim stage could generate additional costs for the parties that could not be compensated if the Board ultimately finds in favour of SODRAC. In addition, and contrary to CBC's claims, SODRAC noted that the total amount of royalties might in fact increase.

Interim royalties for the sale or licensing of programs remained as in the 2008-2012 licence, since CBC consented to this. The nominal interim royalty set out in the interim licence issued on April 30, 2012 for the Explora channel was maintained. Two categories of CBC activities remained, on which the parties' views considerably diverged on how to deal with it: CBC's incidental radio, television and Internet reproduction activities and CBC's synchronization activities.

In the context of an application for an interim decision, the status quo is the state of the relationship existing between the parties, whether recent or not. The 2008-2012 licence represented the status quo at the time of the application. What remained to be determined was whether the licence should continue to frame the relations between the parties or whether certain adjustments were in order.

Users seeking to invoke an exception or "right" have the burden of establishing, on the basis of evidence, that they may avail

themselves of that exception or right, and this is done more easily as part of the examination on the merits than at the interim stage. CBC's interpretation of some of the provisions it refers to is hardly non-contentious. Finally, in light of what we know of industry practices, it is not certain that CBC will always be able to rely on the invoked exceptions for all of its reproduction activities.

Consequently, with respect to incidental reproductions, the 2008-2012 licence was continued on an interim basis.

The fact that CBC intended to modify its operations in no way guarantees that this is indeed what will happen. There was no evidence before the Board to assess the extent and impact of these potential changes on its use of the SODRAC repertoire. An interim decision should focus not on what may be later, but on what is certain now.

The Board considered several approaches to the synchronization activities. The approach it ultimately chose was to extend the lump-sum synchronization licence at a discounted rate. There are several advantages to this approach. It communicates the Board's firm intention to consider, if not encourage, transactional dealings in the relevant rights. It leaves SODRAC essentially whole during the instance. It does not require the implementation of new administrative mechanisms, at least not for the moment, while it clearly communicates to CBC the need to preserve data that may be needed to set up a transactional licensing regime. It gives CBC the opportunity and the motivation to adjust its practices as it claims it needs to do. The Board was of the view that, in this case, a 20 per cent discount achieved the objectives described above.

[NOTE: This decision currently is the subject of an application for judicial review filed by CBC (File: A-63-13).]

Educational Rights

Background

Sections 29.6, 29.7 and 29.9 of the *Act* came into force on January 1, 1999. Since then, educational institutions and persons acting under their authority can, without the copyright owner's authorization, copy programs when they are communicated to the public and perform the copy before an audience consisting primarily of students. In a nutshell, institutions can copy and perform news and news commentaries and keep and perform the copy for one year without having to pay royalties; after that, they must pay the royalties and comply with the conditions set by the Copyright Board in a tariff. Institutions can also copy other programs and subject-matters, and keep the copy for assessment purposes for thirty days; if they keep the copy any longer, or if they perform the copy at any time, the institution must then pay the royalties and comply with the conditions set by the Board in a tariff.

Filing of Tariff Proposal

No tariffs were filed in 2012-13.

Hearings

No hearings were held in 2012-13.

Decisions

No decisions were rendered during the fiscal year.

Retransmission of Distant Signals



Background

The *Act* provides for royalties to be paid by cable companies and other retransmitters for the retransmission of distant television and radio signals. The Board sets the royalties and allocates them among the collective societies representing copyright owners whose works are retransmitted.

Filing of Tariff Proposals

In this fiscal year, tariffs were filed for retransmission of distant radio and television signals for the years 2014 to 2018.

Hearings

No hearings were held in 2012-13.

Decisions

One decision was rendered during the fiscal year, as follows:

December 21, 2012 – Interim Tariff for the Retransmission of Distant Television Signals as of January 1, 2013

On December 20, 2010, the nine retransmission collective societies and retransmitter objectors agreed on the royalties to be paid under the 2009-2013 tariff. On November 9, 2012, the collective societies agreed how to allocate those royalties.

On December 14, 2012, the Canadian Broadcasters Rights Agency (CBRA) and the Canadian Retransmission Collective (CRC) filed an application for an interim decision in order to:

- approve the royalty rates agreed to between the collective societies and retransmitter objectors;
- approve the allocation of royalties agreed to by the collective societies;
- order retransmitters to pay collective societies in accordance with the newly agreed allocation and rates as of January 1, 2013; and,
- initiate a process to deal with outstanding issues that must be addressed before a final decision can be issued.

These issues were whether there should be interest payable on inter-collective payments and how disputes should be arbitrated.

The Copyright Collective of Canada (CCC) and the Canadian Retransmission Right Association (CRRA) opposed the application. They argued that CBRA and CRC seek to alter the allocation agreement by asking that the Board formalize one aspect (allocation) but not another (interests on reallocations of royalties). They asked that the allocation agreement be approached as a whole and that the current allocation continue to apply until all issues are resolved.

The Board found that this opposition was ill-founded since the interim decision does not prejudge the issues that will be addressed in the final decision. The interim decision certified the rate agreement of 2010 and the allocation agreement of 2012.

Private Copying



Background

The private copying regime entitles an individual to make copies (a "private copy") of sound recordings of musical works for that person's personal use. In return, those who make or import recording media ordinarily used to make private copies are required to pay a levy on each such medium. The Board sets the levy and designates a single collecting body to which all royalties are paid. Royalties are paid to the Canadian Private Copying Collective (CPCC) for the benefit of eligible authors, performers and producers.

The regime is universal. All importers and manufacturers pay the levy. However, since these media are not exclusively used to copy music, the levy is reduced to reflect non-music recording uses of media.

Filing of Tariff Proposals

No tariff proposals were filed during the fiscal year.

Hearings

A hearing was held (on October 9 and 10, 2012) pertaining to the private copying royalties for the years 2012 to 2014 with respect to CDs, and on the issue of whether microSD cards qualify as an audio recording medium.

Decisions

No decisions were rendered during the fiscal year.





Unlocatable Copyright Owners



Pursuant to section 77 of the *Act*, the Board may grant licenses authorizing the use of published works, fixed performances, published sound recordings and fixed communication signals, if the copyright owner is unlocatable. However, the *Act* requires the applicants to make reasonable efforts to find the copyright owner. Licenses granted by the Board are non-exclusive and valid only in Canada.

During the fiscal year 2012-13, 24 applications were filed with the Board and the following eight licenses were issued:

- *Éditions du Quartz*, Rouyn-Noranda, Quebec, for the reproduction and the republication on hard copy of the text in a book;
- *La Presse Télé III Ltée*, Montreal, Quebec, for the synchronization, reproduction and communication to the public by telecommunication of an excerpt of a song;
- *Bibliothèque et Archives nationales du Québec* (BAnQ), Montreal, Quebec, for the reproduction and communication to the public by telecommunication of posters, periodicals and monographs;
- Canadian Institute of Natural and Integrative Medicine (CINIM), Calgary, Alberta, for the digital reproduction and the communication to the public by telecommunication of two jokes;
- Frontier School Division, Winnipeg, Manitoba, for the mechanical reproduction and public performance of a musical work;
- *Éditions du Quartz*, Rouyn-Noranda, Quebec, for the reproduction and the republication on hard copy of the text in a book; (Renewal)
- National Film Board of Canada, St-Laurent, Quebec, for the reproduction and the communication to the public by telecommunication of a photograph in a documentary film; and,
- Canada's History Society, Winnipeg, Manitoba, for the reproduction, the making available and the communication to the public by telecommunication of three paintings.

Federal Court of Appeal

Five applications for judicial review were filed with the Federal Court of Appeal in 2012-13:

- *Re:Sound v. Goodlife, et al.* (File: A-353-12), in respect of Re:Sound Tariff 6.B (Use of Recorded Music to Accompany Physical Activities, 2008-2012).
- *CBC v. SODRAC* (File: A-516-12) and *Astral v. SODRAC* (File: A-527-12), in respect of the SODRAC v. CBC and SODRAC v. Astral licences.

  The Federal Court of Appeal rendered interlocutory decisions in these matters, as follows:

  On February 12, 2013, the Federal Court of Appeal ordered that the two applications be consolidated. On February 18, 2013, CBC and Astral filed a motion asking the Court to stay the November 2, 2012 decision. On February 28, 2013, the Court stayed the November 2 decision and the licences issued pursuant to the decision. Applying the test set out by the Supreme Court in *RJR-Macdonald,* the Court concluded that the applications raised a serious question to be tried, that CBC and Astral would suffer irreparable harm if the stay was not granted and that SODRAC would suffer no harm should the stay be granted. The Court also ordered that, starting November 3, 2012, the licences that had applied until the November 2 decision was issued be extended until a final decision was rendered in the judicial review applications.

- *CAFDE v. SODRAC* (File: A-525-12), in respect of SODRAC Tariff 5 (Reproduction of Musical Works in Cinematographic Works for Private Use or for Theatrical Exhibition, 2009-2012).

  On February 5, 2013, the Court ordered that the decision be stayed for a period of six months, allowing the Board to issue a decision on the redetermination of the matter. This decision was issued on July 5, 2013.

- *CBC v. SODRAC* (File: A-63-13), in respect of an interim decision on a SODRAC v. CBC licence.

  On February 28, 2013, the Court ordered that the January 16 decision be stayed until a final decision is rendered. On March 20, 2013, the Court also ordered that the file be consolidated with files A-516-12 and A-527-12.

One other application for judicial review was decided by the Federal Court of Appeal in 2012-13:

- *Montage Management Inc. v. Re:Sound* (File: A-73-12), in respect of Re:Sound Tariff 6.A (Use of Recorded Music to Accompany Dance, 2008-2012 – Application to Vary.

  On September 21, 2012, the Court issued a Notice requiring the Applicant to serve and file submissions within 30 days stating reasons why the proceeding should not be dismissed for delay. As the Applicant did not comply with the Notice, the application for judicial review was dismissed.

Supreme Court of Canada

Five decisions of the Federal Court of Appeal (*summarized in the 2010-11 Annual Report*) appealed to the Supreme Court of Canada were decided in 2012-13:

Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Bell Canada **[SOCAN Tariff 22.A – Online Music Services, 1996-2006]**

Reasons for Judgment: Abella J. (McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. concurring)

SOCAN represents composers, authors and music publishers and administers their performing and communication rights. Bell Canada, Apple Canada, Rogers Communications Inc., Rogers Wireless Partnership, Shaw Cablesystems G.P. and TELUS Communications Inc. operate online music services that sell downloads of musical works. These services give consumers the ability to listen to free "previews" of musical works, usually 30 to 90 seconds of a musical track, before deciding which work to purchase. SOCAN sought compensation for the provision of those previews.

In a decision released on October 18, 2007, the Board agreed that SOCAN was entitled to collect royalties for the downloading of musical works, but not for previews. In the Board's opinion, the use of previews was not an infringement of copyright since their use was fair dealing for the purpose of research under s. 29 of the *Act* based on the factors identified in *CCH Canadian Ltd. v. Law Society of Upper Canada* (*CCH*). The Federal Court of Appeal upheld the Board's decision.

The test for fair dealing articulated in *CCH* involves two steps. First, is the dealing for the purpose of either research or private study, the two allowable purposes listed under s. 29? Second, is the dealing fair?

In *CCH*, to assist in determining whether the dealing is fair, the Court set out the following six fairness factors: the purpose, character, and amount of the dealing; the existence of any alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work.

The first inquiry in this case, therefore, is whether previews are provided for the allowable purpose of research under the first step of the *CCH* fair dealing test.

SOCAN argued that the Board and the Federal Court of Appeal misinterpreted the term "research" in two ways. It argued first that their interpretation of research was overly broad. Its second argument was that the purpose of research should have been analyzed from the perspective of the online service provider and not the consumer. From this perspective, the purpose of the previews was not research, but to sell permanent downloads of the musical works.

SOCAN offered the definition of research as being the "systematic investigation into and study of materials and sources in order to establish facts and reach new conclusions". Moreover, SOCAN argued that the goal of the research must be for the purpose of making creative works, since only uses that contribute to the creative process are in the public interest.

It is true that an important goal of fair dealing is to allow users to employ copyrighted works in a way that helps them engage in their own acts of authorship and creativity. But that does not argue for permitting only creative purposes to qualify as research under s. 29 of the *Act*.

Limiting research to creative purposes would also run counter to the ordinary meaning of research, which can include many activities that do not demand the establishment of new facts or conclusions. It can be piecemeal, informal, exploratory, or confirmatory. It can in fact be undertaken for no purpose except personal interest.

In *CCH*, the Court created a relatively low threshold for the first step so that the analytical heavy-hitting is done in determining whether the dealing was fair. SOCAN's submission that research be restricted to the creation of new works would conflate the allowable purpose with the fairness analysis and unduly raise the bar for entering that analysis.

SOCAN's proposed definition of research requiring systematic investigation and new conclusions is also at odds with its second submission about research, namely, that research be analysed from the perspective of the purpose of the online service providers, and not that of the users. But its own proposed definition shows that it sees research as a user-focused undertaking, since the investigation and creation of new conclusions are clearly done by a user, not a provider. The provider's purpose in making the works available is therefore not the relevant perspective at the first stage of the fair dealing analysis.

This is consistent with the Court's approach in *CCH*, where it described fair dealing as a user's right. In *CCH*, the Great Library was the provider, offering a photocopying service to lawyers requesting copies of legal materials. The Court did not focus its inquiry on the library's perspective, but on that of the ultimate user, the lawyers, whose purpose was legal research.

Similarly, in considering whether previews are for the purpose of research under the first step of *CCH*, the Board properly considered them from the perspective of the user or consumer's purpose. And from that perspective, consumers used the previews for the purpose of conducting research to identify which music to purchase.

The inquiry then moves to the second step, namely, determining whether the use of previews was fair in accordance with the *CCH* factors.

Whether something is fair is a question of fact and depends on the facts of each case. Based on all the factors, the Board properly concluded that previews amounted to fair dealing.

The first factor identified in *CCH* is the purpose of the dealing, where an objective assessment is made of the real purpose or motive behind using the copyrighted work.

SOCAN argued that the purpose of the previews was purely commercial. This is an approach that looks at the purpose of the previews from the perspective not of the consumer, but of the service providers. Rather, the predominant perspective in this case is that of the ultimate users of the

previews, and their purpose in using previews was to help them research and identify musical works for online purchase. While the service providers sell musical downloads, the purpose of providing previews is primarily to facilitate the research purposes of the consumers.

The Board noted that there were reasonable safeguards in place to ensure that the users' dealing in previews was in fact being used for this purpose: the previews were streamed, short, and often of lesser quality than the musical work itself. These safeguards prevented the previews from replacing the work while still fulfilling a research function.

The second factor discussed in *CCH* is the character of the dealing. The Court stated that a particular dealing might be unfair if multiple copies of works are being widely distributed. But as the Court also pointed out, if a single copy of a work is used for a specific legitimate purpose, or if the copy no longer existed after it was used, this would favour a finding of fairness.

SOCAN's argument was based on the fact that consumers accessed, on average, ten times the number of previews as full-length musical works. However, no copy existed after the preview was heard. The previews were streamed, not downloaded. Users did not get a permanent copy, and once the preview was heard, the file was automatically deleted from the user's computer. The fact that each file was automatically deleted meant that copies could not be duplicated or further disseminated by users.

The third factor identified in *CCH* is the amount of the dealing. The Board characterized the amount of the dealing in terms of the length of each preview compared to the length of the work, concluding that streaming a preview of about 30 seconds was a modest dealing when compared to purchasing the whole work for repeated listening.

SOCAN argued, however, that the proportion of the preview in relation to the length of the whole musical work was not the proper measure, and that the Board should have considered instead the aggregate number of previews that are streamed by consumers.

SOCAN's argument conflicts with the Court's statement in *CCH* that amount means the quantity of the work taken. Since fair dealing is a user's right, the amount of the dealing factor should be assessed based on the individual use, not the amount of the dealing in the aggregate. The appropriate measure under this factor is therefore, as the Board noted, the proportion of the excerpt used in relation to the whole work. As for the quantification of the aggregate dissemination, it is already considered under the character of the dealing factor.

The fourth factor identified in *CCH* involves considering any alternatives to the dealing. SOCAN argued that there were other methods available to help users identify potential music for purchase. However, none of the other suggested alternatives can demonstrate to a consumer what previews can, namely, what a musical work sounds like. As the Board concluded, short, low-quality streamed previews are reasonably necessary to help consumers research what to purchase.

The fifth factor is the nature of the work, which examines whether the work is one

which should be widely disseminated. SOCAN did not dispute the desirability of the sale and dissemination of musical works, but argued that since these works are easily purchased and disseminated without the use of previews, previews are of no additional benefit to promoting further dissemination. But the fact that a musical work is widely available does not necessarily correlate to whether it is widely disseminated. Unless a potential consumer can locate and identify a work he or she wants to buy, the work will not be disseminated.

This observation is linked to the final factor: the effect of the dealing on the work and whether the dealing adversely affects or competes with the work. Because of their short duration and degraded quality, it can hardly be said that previews are in competition with downloads of the work itself. And since the effect of previews is to increase the sale of musical works, it cannot be said that they have a negative impact on the work.

All of this confirms the Board's conclusion that previews satisfy the requirements of fair dealing.

***Entertainment Software Association and Entertainment Software Association of Canada v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada and CMRRA/SODRAC Inc.* [SOCAN Tariffs 22.B-G – Internet, other uses of music, 1996-2006]**

Joint Reasons for Judgment: Abella and Moldaver JJ. (McLachlin C.J. and Deschamps and Karakatsanis JJ. concurring)

This appeal concerned musical works contained in video games which may be downloaded from the Internet.

In the video game publishing industry, the royalties for the reproduction of any musical works which are incorporated into the games are currently negotiated before the games are packaged for public sale. Once these rights have been negotiated, the owner of the copyright in the musical work has no further rights when the game is sold. The question in this appeal was whether the rights are nonetheless revived when the work is sold over the Internet instead of in a store.

The Appellants argued that works transmitted over the Internet by downloading should not give rise to further compensation under s. 3(1)(*f*) of the *Act*. The Respondent, SOCAN, contented that reproduction and communication were different and independent rights under the *Act* and that copyright holders were entitled to remuneration for the communication of their works through Internet downloading.

The Copyright Board concluded that video games containing a musical work were subject to a royalty when sold over the Internet. Its decision was upheld by the Federal Court of Appeal.

In the Supreme Court's view, the Board's decision misconstrued the provisions at issue in the *Act*, ignoring decades of legislative history, and violated the principle of technological neutrality, which requires that the *Act* apply equally notwithstanding the technological diversity of different forms of media.

At issue was the meaning of the word "communicate" in s. 3(1)(*f*) of the *Act*, a term which is not defined in the *Act*. SOCAN applied to the Board for a tariff under this provision to cover downloads of musical works over the Internet. The Entertainment Software Association and the Entertainment Software Association of Canada (collectively, ESA), which represent a broad coalition of video game publishers and distributors, objected to the tariff, arguing that "downloading" a video game containing musical works did not amount to "communicating" that game to the public by telecommunication under s. 3(1)(*f*). Instead, a "download" is merely an additional, more efficient way to deliver copies of the games to customers. The downloaded copy is identical to copies purchased in stores or shipped to customers by mail, and the game publishers already pay copyright owners reproduction royalties for all of these copying activities.

The Court agreed with ESA and in its view, the Board's conclusion that a separate, "communication" tariff applied to downloads of musical works violated the principle of technological neutrality, which requires that the *Act* apply equally between traditional and more technologically advanced forms of the same media. The principle of technological neutrality is reflected in s. 3(1) of the *Act*, which describes a right to produce or reproduce a work "in any material form whatever". In the Court's opinion, there is no practical difference between buying a durable copy of the work in a store, receiving a copy in the mail, or downloading an identical copy using the Internet. The Internet is simply a technological taxi that delivers a durable copy of the same work to the end user.

ESA's argument was also consistent with the Court's caution in *Théberge v. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, that the balance in copyright between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works and obtaining a just reward for the creator requires recognizing the "limited nature" of creators' rights.

The principle of technological neutrality requires that, absent evidence of Parliamentary intent to the contrary, courts interpret the *Act* in a way that avoids imposing an additional layer of protections and fees based solely on the method of delivery of the work to the end user.

In the Court's opinion, the Board improperly concluded that the Internet delivery of copies of video games containing musical works amounted to "communicating" the works to the public. This finding is evidenced by the legislative history of the *Act*, which demonstrates that the right to "communicate" is historically connected to the right to perform a work and not the right to reproduce permanent copies of the work.

Performing a work is fundamentally different than reproducing it. As the Court concluded in *Bishop v. Stevens*, a performance is impermanent in nature, and does not leave the viewer or listener with a durable copy of the work. The term "communicate" in s. 3(1)(*f*), which has historically been linked to the right to perform, should not be transformed by the use of the word "telecommunication" in a way that would capture activities akin to reproduction.

In *Bishop*, there were two activities: 1) the making of an ephemeral copy of the musical work in order to effect a broadcast, and

2) the actual broadcast of the work itself. In this case, however, there was only one activity at issue: downloading a copy of a video game containing musical works. *Bishop* does not stand for the proposition that a single activity (i.e., a download) can violate two separate rights at the same time.

The communication right in s. 3(1)(*f*) is not a *sui generis* right in addition to the general rights described in s. 3(1). The introductory paragraph defines what constitutes "copyright". It states that copyright "means" the sole right to produce or reproduce a work in any material form, to perform a work in public, or to publish an unpublished work. This definition of "copyright" is exhaustive, as the term "means" confines its scope. The paragraph concludes by stating that copyright "includes" several other rights, set out in subsections (*a*) through (*i*). As a result, the rights in the introductory paragraph provide the basic structure of copyright. The enumerated rights listed in the subsequent subparagraphs are simply illustrative.

Therefore, the Board's conclusion that the Internet delivery of a permanent copy of a video game containing musical works amounted to a "communication" under s. 3(1)(*f*) was set aside. The Court allowed the appeal.

Dissenting Reasons: Rothstein J. (LeBel, Fish and Cromwell JJ. concurring)

Precedents of the Court have established the principles that must govern the analysis in this appeal: copyright is a creature of statute; copyright is comprised of a bundle of independent statutory rights; and, courts must give effect to these independent rights as provided by Parliament. While courts must bear in mind that the *Act* is a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator, which balance requires not only recognizing the creator's rights but in giving due weight to their limited nature, courts must still respect the language chosen by Parliament, not override it.

Generally, a technologically neutral copyright law is desirable. However, technological neutrality is not a statutory requirement capable of overriding the language of the *Act* and barring the application of the different protected rights provided by Parliament. The majority's basic propositions pre-empt the application of other rights of the copyright holder to this set of facts and divest these rights of their independent content. There is no need to revive rights that have never been exhausted.

It is standard practice within the video game publishing industry to negotiate clearance of copyright for the reproduction of the musical works incorporated in the games prior to their publication. There is no dispute that once reproduction rights are cleared, the owner of copyright in the musical work would have no further rights when the video game is sold to a customer at a bricks-and-mortar store or if a CD containing the game is shipped through regular mail.

In *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Canadian Assn. of Internet Providers*, Binnie J. noted the Board's conclusion that "an Internet communication

occurs at the time the work is transmitted from the host server to the computer of the end user, regardless of whether it is played or viewed at that time, or later, or never". He found that this particular issue was "no longer contested".

The issue in this appeal was whether the transmission of a video game through an Internet download is a "communication" to the public within the meaning of s. 3(1)(*f*) of the *Act*. If it is, SOCAN is entitled to royalties for the communication of the included musical works.

The *Act* must be interpreted in accordance with the general rules of statutory interpretation. The words of an act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the act, the object of the act, and the intention of Parliament.

The definitions of "communicate" and "transmit" and the context in which the words are used in the *Act* do not support the ESA's conclusion that to "communicate" in s. 3(1)(*f*) must necessarily mean to transmit information in a humanly perceptible form for immediate perceiving and listening.

The structure of s. 3(1) implies that the communication right in paragraph (*f*) is a self-standing right independent of the performance right in the introduction of the section. On this basis, the historic relationship of s. 3(1)(*f*) with broadcasting-type industries does not support reading into the *Act* restrictions which are not apparent from and are even inconsistent with the current language of the *Act*. In particular, the historic relationship does not support adopting the ESA's proposition to read into the language of the *Act* the significant restriction that the transmission must be in a "humanly perceivable form for immediate viewing or listening."

When transmitted over the Internet, whether works are perceptible immediately or at a later moment or whether or not the technology used involves producing temporary copies, as in the case of streams, or permanent copies of the work is irrelevant to whether a communication has occurred and the work will, or has the potential to be, viewed or listened to by the receiver.

The fact that the work is transmitted over the Internet, and therefore, "communicate[d][...] by telecommunication" within the ordinary meaning of the words, for the purpose of delivering a copy of the video game containing the musical work to the user, does not change the fact that there is an Internet communication requiring authorization of the copyright holder.

The policy concern raised by ESA is that a copyright holder should not be entitled to both a reproduction and a communication right in the context of Internet downloads. The answer to this concern is straightforward: the rights of copyright holders under s. 3(1) are distinct and separate rights.

A media neutral application of the *Act* to the facts of this case would mean that the right of reproduction continues to apply to copies made through downloads, notwithstanding the fact that they are digital copies. It would also support the proposition that the communication right must continue to apply to digital communications, notwithstanding that they may differ from traditional broadcasting technologies. A media neutral application of the *Act*, however, does not imply that a court

can depart from the ordinary meaning of the words of the *Act* in order to achieve the level of protection for copyright holders that the court considers is adequate.

Communicating works to the public by telecommunication is an independent and distinct right from other rights in s. 3(1) that are included within copyright. It is complete when the communication is received, in this case, when the file is downloaded to the user's computer, even though it can be perceived only after the transmission, or whether or not it is ever perceived.

***Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc., and Telus Communications Company v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada* [SOCAN Tariff 22.A – Online Music Services, 1996-2006]**

Reasons for Judgment: Rothstein J. (McLachlin C.J. and LeBel, Deschamps, Fish, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. concurring)

Concurring Reasons: Abella J.

Online music services offer permanent downloads, limited downloads and on-demand streams of files containing musical works.

On October 18, 2007, the Board certified SOCAN Tariff 22.A for the communication to the public by telecommunication of musical works by online music services. Among other things, the Board concluded that downloads and streams came within the scope of the exclusive right of copyright holders to communicate to the public by telecommunication provided by the *Act*. Accordingly, it found that a claim for communication royalties by the holders of copyright in the communicated works was well founded, in addition to any reproduction royalties received when a work was copied through the Internet. On appeal, the Federal Court of Appeal agreed.

The sole issue in the appeal was the meaning of the phrase "to the public" in s. 3(1)(*f*) of the *Act*. The online music services brought this appeal on the basis that their uses of music did not engage the right to communicate to the public by telecommunication in s. 3(1)(*f*) because they did not come within the scope of the phrase "to the public". The issue of whether downloads can be communications within the meaning of s. 3(1)(*f*) was left to be determined in the companion case *Entertainment Software Association v. Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada. [A summary of which is included in this section of the report.]* In that decision, a majority of the Court determined that musical works are not "communicated" by telecommunication when they are downloaded. As a result, the issue in the present appeal was whether streaming of files from the Internet triggered by individual users constitutes communication "to the public" of the musical works contained therein by online music services who make the files available to the users for streaming.

Standard of review

In recent decisions, the Supreme Court made clear that an administrative body interpreting and applying its home statute should normally be accorded deference on judicial review, and hence when considering a decision of an administrative tribunal interpreting or applying its home statute, it should be presumed that the appropriate standard of review is reasonableness.

However, it would be inconsistent for the court to review a legal question on judicial review of a decision of the Board on a deferential standard and decide exactly the same legal question *de novo* if it arose in an infringement action in the court at first instance. It would be equally inconsistent if on appeal from a judicial review, the appeal court were to approach a legal question decided by the Board on a deferential standard, but adopt a correctness standard on an appeal from a decision of a court at first instance on the same legal question. The standard of correctness is the appropriate standard of review on questions of law arising on judicial review from the Board.

A statutory scheme under which both a tribunal and a court may decide the same legal question at first instance is quite unlike the scheme under which the vast majority of judicial reviews arise. Nothing in the Court's reasons should be taken as departing from *Dunsmuir* and its progeny as to the presumptively deferential approach to the review of questions of law decided by tribunals involving their home statute or statutes closely connected to their function. Also, the Board's application of the correct legal principles to the facts of a particular matter should be treated with deference, as are the decisions of this nature by trial judges on appellate review.

Abella J. disagreed with her colleagues on this issue, concluding that the Board, when interpreting its home statute in setting tariffs for the communication of new forms of digital media, should be accorded the same deference and be reviewed on the same standard as every other specialized tribunal in Canada.

Communication "to the Public"

Before the Court, the Appellants maintained that a point-to-point communication by telecommunication of a discrete copy of a musical work is not a communication to the public, regardless of whether another copy of the same work is transmitted to a different customer at a different time. The Respondent argued the opposite. There was no dispute in this appeal that the communications in issue are "telecommunications" within the meaning of the *Act*.

Both parties in this appeal relied on *CCH* in support of their respective positions. They disagreed, however, on the meaning of the caveat in *CCH* that "a series of repeated fax transmissions of the same work to numerous different recipients might constitute communication to the public in infringement of copyright". Where the Appellants argued that the recipient of each transmission must be considered, SOCAN and the decisions below focused on the sender's activities in communicating a given work over time.

The Court found that the Appellants' proposition was untenable since such a rule would produce arbitrary results.

Focusing on each individual transmission loses sight of the true character of the communication activity in question and makes copyright protection dependant on technicalities of the alleged infringer's chosen method of operation. Such an approach does not allow for principled copyright protection. Instead, it is necessary to consider the broader context to determine whether a given point-to-point transmission engages the exclusive right to communicate to the public. This is the only way to ensure that form does not prevail over substance.

The Appellants' proposed rule that each transmission be analyzed in isolation because each is initiated at the request of individual members of the public would have the effect of excluding all interactive communications from the scope of the copyright holder's exclusive rights to communicate to the public and to authorize such communications. By definition, on-demand communications, relating to the so-called "pull" technologies, are initiated at the request of the user, independently of any other user, and each individual transmission happens in a point-to-point manner. None of these telecommunications would be considered as being made "to the public" simply because the actual transmission occurs at the initiative and discretion of the consumer to accept the invitation to the public to access the content.

Nothing in the wording of s. 3(1)(*f*) of the *Act* implies such a limitation. A communication is not restricted to a purely non-interactive context.

The historic relationship between the right to communicate to the public and broadcasting-type, "push" technologies, and the 1988 amendment in particular, is evidence that the *Act* has evolved to ensure its continued relevance in an evolving technological environment. The historic relationship does not support reading into the *Act* restrictions which are not apparent from and are even inconsistent with the neutral language of the *Act* itself.

In determining the extent of copyright, regard must be had for the fact that the *Copyright Act* is usually presented as a balance between promoting the public interest in the encouragement and dissemination of works of the arts and intellect and obtaining a just reward for the creator. This balance is not appropriately struck where the existence of copyright protection depends merely on the business model that the alleged infringer chooses to adopt rather than the underlying communication activity. Whether a business chooses to convey copyright protected content in a traditional, "broadcasting" type fashion, or opts for newer approaches based on consumer choice and convenience, the end result is the same. The copyrighted work has been made available to an aggregation of individuals of the general public.

Where a series of point-to-point communications of the same work to an aggregation of individuals is found to exist, it matters little for the purposes of copyright protection whether the members of the public receive the communication in the same or in different places, at the same or at different times or at their own or the sender's initiative.

The appeal was allowed in respect of downloads and dismissed in respect of music streamed from the Internet.

Alberta (Education) v. Access Copyright **[Access Copyright Tariff – Educational Institutions, 2005-2009]**

Reasons for Judgment: Abella J. (McLachlin C.J. and LeBel, Moldaver and Karakatsanis JJ. concurring)

In 2004, Access Copyright (Access) filed with the Board a proposed tariff for the reprographic reproduction of works in the repertoire of Access by primary and secondary educational institutions outside Quebec.

During the course of the proceedings before the Board, the parties agreed to the terms of a photocopies' volume study. It was carried out between February 2005 and March 2006. Information was recorded by observers on logging stickers posted next to each photocopier.

Based on information collected from the stickers, each incident of photocopying was divided into one of four categories. The first three dealt with copies made by teachers either for themselves or at the request of a student. All parties agreed that copies falling under these categories constituted fair dealing.

The fourth category (Category 4) dealt with copies of works made at the teachers' initiative with instructions to students that they read the material. Teachers would photocopy short excerpts from textbooks and distribute those copies to students as a complement to the main textbook the students used.

At the hearing, Access argued that the Category 4 copies did not meet the test for fair dealing identified in *CCH*. The objectors, on the other hand, contended that the Category 4 copies should be excluded from the tariff because these copies constituted fair dealing under ss. 29 or 29.1 of the *Act*.

Based on the evidence from the stickers used in the volume study, the Board concluded that the Category 4 copies were made for the allowable purpose of research or private study under s. 29 of the *Act*, but found, applying the *CCH* fairness factors, that these copies did not constitute fair dealing and were therefore subject to a royalty.

The objectors appealed only the fair dealing issue to this Court, arguing that the Board's conclusion was not in accordance with the *CCH* test and was therefore unreasonable.

The test for fair dealing was articulated in *CCH* as involving two steps. The first is to determine whether the dealing is for the allowable purpose of research or private study under s. 29, criticism or review under s. 29.1, or news reporting under s. 29.2 of the *Act*. The second step of *CCH* assesses whether the dealing is "fair". To assist in determining whether the dealing is fair, the Court set out a number of fairness factors: the purpose, character, and amount of the dealing; the existence of any alternatives to the dealing; the nature of the work; and the effect of the dealing on the work.

Before the Court, there was no dispute that the first step in *CCH* was met and that the dealing was for the allowable purpose of research or private study. The dispute essentially centered on the second step of the test: whether the Category 4 copies were fair in accordance with the *CCH* factors.

The key problem is in the way the Board approached the purpose of the dealing factor. The Board concluded that since the Category 4 copies were not made as a result of a student request, they were no longer for the purpose of research or private study at the second stage. This was based on its observation that in *CCH*, the Great Library was making copies at the request of lawyers. Because there was no such request for Category 4 copies, the Board concluded that the predominant purpose was that of the teacher, namely, instruction or non-private study.

Access argued that the purpose of the dealing should be seen, as it was by the Board and the Federal Court of Appeal, from the copier's, or teacher's perspective. It relied particularly on three key Commonwealth cases which found the copier's purpose in reproducing the work to be determinative.

According to the Court, these authorities are not helpful. Firstly, courts in the U.K. have tended to take a more restrictive approach to determining the purpose of the dealing than does *CCH*. More importantly, these cases involved copiers with demonstrably ulterior – i.e. commercial – motives. They invoked the allowable purposes of research or private study in order to appropriate their customers' or students' purposes as their own and escape liability for copyright infringement.

These cases, then, to the extent that they are germane, do not stand for the proposition that research and private study are inconsistent with instructional purposes, but for the principle that copiers cannot camouflage their own distinct purpose by purporting to conflate it with the research or study purposes of the ultimate user.

As noted in the companion appeal *SOCAN v. Bell*, fair dealing is a user's right and the relevant perspective when considering whether the dealing is for an allowable purpose under the first stage of *CCH* is that of the user. This does not mean, however, that the copier's purpose is irrelevant at the fairness stage. If, as in the cases Access referred to, the copier hides behind the shield of the user's allowable purpose in order to engage in a separate purpose that tends to make the dealing unfair, that separate purpose will also be relevant to the fairness analysis.

Here, however, there is no such separate purpose on the part of the teacher. Teachers have no ulterior motive when providing copies to students. Nor can teachers be characterized as having the completely separate purpose of instruction; they are there to facilitate the students' research and private study. The teacher's purpose in providing copies is to enable the students to have the material they need for the purpose of studying. The teacher/copier therefore shares a symbiotic purpose with the student/user who is engaging in research or private study. Instruction and research/private study are, in the school context, tautological.

The Board's approach drives an artificial wedge into these unified purposes by drawing a distinction between copies made by the teacher at the request of a student (Categories 1-3), and copies made by the teacher without a prior request from a student (Category 4). Nowhere in *CCH* did the Court suggest that the lawyer had to request the photocopies of legal works from the Great Library before those copies could be said to be for the purpose of research. On the contrary, what the Court found was that the copies of legal works were necessary conditions of research and thus part of the research process.

Similarly, photocopies made by a teacher and provided to students are an essential element in the research and private study undertaken by those students. The fact that some copies were provided on request and others were not did not change the significance of those copies for students engaged in research and private study.

The statement made by the Board that the photocopies made by teachers were made for an unfair purpose – *non*-private study – since they were used by students as a group in class, and not "privately" does not hold.

The word "private" in "private study" should not be understood as requiring users to view copyrighted works in splendid isolation. Studying and learning are essentially personal endeavours, whether they are engaged in with others or in solitude. By focusing on the geography of classroom instruction rather than on the concept of studying, the Board again artificially separated the teachers' instruction from the students' studying.

The Board's approach to the amount of the dealing factor is also problematic. In considering this factor, the Board accepted that teachers generally limit themselves to reproducing short excerpts of each textbook. The Board was required to determine whether the proportion of each of the short excerpts in relation to the whole work was fair. Rather, the Board concluded that the likelihood of repeated copying of the same class set of books tended to make the dealing unfair.

This is a flawed approach. The amount factor is not a quantitative assessment based on aggregate use, it is an examination of the proportion between the excerpted copy and the entire work, not the overall quantity of what is disseminated. The quantification of the total number of pages copied, as the Court noted in *CCH*, is considered under a different factor: the character of the dealing.

The manner in which the Board approached the alternatives to the dealing factor is also a problem. The Board found that the educational institutions had an alternative to photocopying textbooks: they could simply buy the original texts to distribute to each student or to place in the library for consultation.

Buying books for each student is not a realistic alternative to teachers copying short excerpts to supplement student textbooks. First, the schools have already purchased originals that are kept in the class or library, from which the teachers make copies. In addition, purchasing a greater number of original textbooks to distribute to students is unreasonable in light of the Board's finding that teachers only photocopy short excerpts to complement existing textbooks.

The final problematic application of a fairness factor by the Board was its approach to the effect of the dealing on the work. Access pointed out that textbook sales had shrunk over 30 per cent in 20 years. However, as noted by the objectors, there was no evidence that this decline was linked to photocopying done by teachers. Despite this evidentiary vacuum, the Board nonetheless concluded that the impact of photocopies, though impossible to quantify, was sufficiently important to compete with the original texts.

Because the Board's finding of unfairness was based on a misapplication of the *CCH* factors, its outcome was rendered unreasonable. The appeal was allowed and the matter remitted to the Board for reconsideration.

Dissenting Reasons: Rothstein J. (Deschamps, Fish and Cromwell JJ. concurring)

According to the dissenting judges, the Board made no reviewable error in construing the

CCH factors and, with one relatively minor exception, its factual analysis, application of the *CCH* factors to the facts and its conclusions were not unreasonable.

With respect to the purpose of the dealing, teacher also has a purpose. It is to utilize the photocopied excerpts in the process of instructing and educating the students, the essence of the job of teaching. The teacher's role in selecting and photocopying excerpts of works is significantly different from the role of the Great Library staff in *CCH*, which was completely passive. The Board noted this difference and concluded that the teacher's purpose predominated in these circumstances. There is nothing unreasonable in this conclusion.

The Board's approach did not draw an artificial distinction between copies made by the teacher at the request of a student and those made at the teacher's own initiative. In *CCH*, the photocopies made by the staff of the Great Library were made at the request of the lawyers. Without that request from the lawyers, there would have been no photocopies. Considering, as the Board did, that the fact that the initiative for a copy came from a teacher was an indicator that the photocopy would mainly serve the teacher's purpose of teaching is not artificial or unreasonable.

The Board did not err either in equating instruction with *non*-private study, and in concluding that this tended to make the purpose of the dealing unfair.

The *Act* requires that to be fair dealing, use of a copyrighted work must be for private study. This indicates that the *Act* foresees private and non-private study. Parliament does not speak in vain. Words used by the legislator should be construed to give them some meaning. The section cannot be interpreted to strip the word "private" in private study of any meaning.

Private study cannot have been intended to cover situations where tens, hundreds or thousands of copies are made in a school, school district or across a province as part of an organized program of instruction. The Board's conclusion that, in the case of Category 4 copies, the real or predominant purpose is instruction or "non-private" study is reasonable.

With respect to the amount of the dealing, as expressed by the majority, the amount of the dealing factor is concerned with the proportion between the excerpted copy and the entire work, not the overall quantity of what is disseminated. The number of copies and the extent of the dissemination are properly considered under the "character of a dealing" factor.

However, the Board's analysis under the amount of the dealing factor remained focused on the proportion of the photocopied excerpt to the entire work. In its factual assessment of the amount of the dealing factor, the Board found that class sets will be subject to numerous requests for the same series. The Board's reliance on this finding does not indicate that it improperly considered the overall number of copies of the same excerpt distributed to a whole class.

In the Board's view, while teachers usually made short excerpts at any one time, this was offset by the fact that the teachers would return to copy other excerpts from the same

books – the ones contained in class sets – thereby making the overall proportion of the copied pages unfair in relation to the entire work over a period of time. The Board's conclusion is not unreasonable.

Under the character of the dealing factor, the Board focused its analysis on the fact that multiple copies of the same excerpt are made, at any one time, to be disseminated to the whole class. Accordingly, the Board's conclusions of unfairness under the character of the dealing and the amount of the dealing factors were arrived at independently, taking into consideration different aspects of the dealing.

With respect to alternatives to the dealing, as expressed by the majority, buying books to distribute to all students does not seem like a realistic option if we are speaking of photocopies of short excerpts only, used to supplement the main textbooks already in possession of the students.

However, on the premise that the same class sets of books will be subject to numerous requests for short excerpts, it was not unreasonable for the Board to consider that the schools had the option of buying more books to distribute to students or to place in the library or in class sets instead of photocopying the books. While buying books may not be a non-copyrighted alternative such as those envisaged in *CCH*, these were relevant facts for the Board to consider in a case where it found systematic copying from the same books. Therefore, the Board's analysis does not seem unreasonable.

With respect to the effect of the dealing on the work, as expressed by the majority, the Board's conclusion that the photocopying of Category 4 copies competes with the original to an extent that makes the dealing unfair seems unsupported by evidence and is therefore unreasonable. However, an unreasonable observation under one factor is not sufficient to render the Board's overall assessment unreasonable. As noted in *CCH*, no one factor is determinative and the assessment of fairness remains fact specific. The Board considered the purpose of the dealing and the amount of the dealing factors to be the most important. In light of the conclusion that the Board's assessment under those and other factors was reasonable, one finding does not make the entire decision unreasonable.

Re:Sound v. Motion Picture Theatre Associations of Canada **[Re:Sound Tariff 7 – Motion Picture Theatres and Drive-Ins, 2009-2011 and Re:Sound Tariff 9 – Commercial Television, 2009-2013]**

Reasons for Judgment: LeBel J. (McLachlin C.J. and Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver and Karakatsanis JJ. concurring)

On March 28, 2008, Re:Sound filed with the Board two tariff proposals for the performance in public or the communication to the public by telecommunication of published sound recordings. Tariff 7 targeted the use of sound recordings embodied in movies shown by motion picture theatres. Tariff 9 targeted the use of sound recordings embodied in television programs.

The Respondents objected to the proposed tariffs on the ground that the definition of "sound recording" in the *Act* excluded

soundtracks of cinematographic works. The definition of "sound recording" in s. 2 reads as follows:

> "sound recording" means a recording, fixed in any material form, consisting of sounds, whether or not of a performance of a work, but excludes any soundtrack of a cinematographic work where it accompanies the cinematographic work;

Re:Sound, on the other hand, submitted that a proper interpretation of the definition of "sound recording" did not exclude a pre-existing sound recording incorporated into a soundtrack. Rather, the purpose of the exclusion was to combine rights in the visual features of a cinematographic production with rights in the audio features of the same cinematographic production, and to protect those rights in a new work defined as a "cinematographic work".

The Respondents asked the Board to determine, as a preliminary issue, whether anyone could be entitled to equitable remuneration pursuant to section 19 of the *Act* when a published sound recording is part of the soundtrack that accompanies a motion picture that is performed in public or a television program that is communicated to the public by telecommunication.

The Board answered "no" and refused to certify the tariffs. It concluded that "soundtrack" included pre-existing sound recordings and that such recordings were excluded from the definition of "sound recording" when they accompanied a cinematographic work. On judicial review, the Federal Court of Appeal upheld the decision of the Board. Re:Sound appealed the decision.

The right to collect royalties on behalf of performers and makers of sound recordings, although provided for in s. 19, is dependent on the definition of "sound recording" in s. 2 of the *Act*. Unless what is being performed or communicated to the public by telecommunication is a "sound recording", the right to collect royalties on that performance or communication will not be triggered.

The main issue in the appeal thus involves the application of well-known principles of statutory interpretation. The question that must be resolved is the following: do pre-existing sound recordings incorporated into a soundtrack fall within the meaning of the undefined term "soundtrack" used in the definition of "sound recording" in s. 2 of the *Act*?

The object of statutory interpretation is to establish Parliament's intent by reading the words of the provisions in question in their entire context and in their grammatical and ordinary sense, harmoniously with the scheme of the *Act*, the object of the *Act* and the intention of Parliament. Although statutes may be interpreted purposively, the interpretation must be consistent with the words chosen by Parliament. Moreover, the legislative history can be of great assistance in discerning Parliament's intent with respect to a particular wording in a statute.

According to s. 2, a "sound recording" is a recording consisting of sounds, but excludes any soundtrack of a cinematographic work where it accompanies the cinematographic work. Therefore, a "soundtrack" is a "sound recording" except where it accompanies the motion picture. Otherwise, the exclusion would be superfluous.

When it accompanies the motion picture, therefore, the recording of sounds that constitute a soundtrack does not fall within the definition of "sound recording" and does not trigger the application of s. 19. A pre-existing sound recording is made up of recorded sounds. The *Act* does not specify that a pre-existing recording of "sounds" that accompanies a motion picture cannot be a "soundtrack" within the meaning of s. 2. In the Court's view, a pre-existing sound recording cannot be excluded from the meaning of "soundtrack" unless Parliament expressed an intention to do so in the *Act*. It could have done this by, for example, excluding only "the aggregate of sounds in a soundtrack".

The Board was correct in its interpretation of the word "soundtrack". Consequently, a pre-existing sound recording that is part of a soundtrack cannot be the subject of a tariff when the soundtrack accompanies the cinematographic work.

In its decision, the Board referred to some comments made at the Standing Committee on Canadian Heritage hearing with respect to the provisions at issue. These comments confirm the interpretation made by the Board.

Finally, contrary to the Appellant's suggestion, the Board's interpretation is consonant with Canada's obligations under the *Rome Convention*.

Agreements Filed with the Board



Pursuant to the *Act*, collective societies and users of copyrights can agree on the royalties and related terms of licenses for the use of a society's repertoire. Filing an agreement with the Board pursuant to section 70.5 of the *Act* within 15 days of its conclusion shields the parties from prosecutions pursuant to section 45 of the *Competition Act*. The same provision grants the Commissioner of Competition appointed under the *Competition Act* access to those agreements. In turn, where the Commissioner considers that such an agreement is contrary to the public interest, he may request the Board to examine it. The Board then sets the royalties and the related terms and conditions of the license.

In 2012-13, 212 agreements were filed with the Board pursuant to section 70.5 of the *Act*.

Access Copyright which licenses reproduction rights such as digitization and photocopy, on behalf of writers, publishers and other creators, filed 146 agreements granting educational institutions, language schools, non-profit associations, copy shops and others a license to photocopy works in its repertoire.

The *Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction* (COPIBEC) filed 60 agreements. COPIBEC is the collective society which authorizes in Quebec the reproduction of works from Quebec, Canadian (through a bilateral agreement with Access Copyright) and foreign rights holders. The agreements filed were concluded with various educational institutions, municipalities, non-profit associations and other users.

Finally, six agreements were filed by the Canadian Broadcasters Rights Agency.

Ententes déposées auprès de la Commission



La *Loi* permet à une société de gestion et à un utilisateur de conclure des ententes portant sur les redevances et modalités afférentes à une licence pour l'utilisation du répertoire de la société. L'article 70.5 de la *Loi* prévoit par ailleurs que si l'entente est déposée auprès de la Commission dans les quinze jours suivant sa conclusion, les parties ne peuvent être poursuivies aux termes de l'article 45 de la *Loi sur la concurrence*. La même disposition prévoit que le Commissaire de la concurrence nommé au titre de cette loi peut avoir accès aux ententes ainsi déposées. Si ce dernier estime qu'une entente est contraire à l'intérêt public, il peut demander à la Commission de l'examiner. La Commission fixe alors les redevances et les modalités afférentes à la licence.

En 2012-2013, 212 ententes ont été déposées auprès de la Commission en vertu de l'article 70.5 de la *Loi*.

Access Copyright, qui gère les droits de reproduction, tels la numérisation et la photocopie, au nom d'auteurs, éditeurs et autres créateurs, a déposé 146 ententes autorisant divers utilisateurs, par voie de licence, à faire des copies des œuvres inscrites dans son répertoire. Ces ententes ont été conclues, entre autres, avec des établissements d'enseignement, des écoles de langues, des organismes à but non lucratif et des centres de reprographie.

La Société québécoise de gestion collective des droits de reproduction (COPIBEC) a déposé 60 ententes. COPIBEC est la société de gestion qui autorise, au Québec, la reproduction des œuvres des titulaires de droits québécois, canadiens (par le biais d'une entente de réciprocité avec *Access Copyright*) et étrangers. Les ententes déposées ont été conclues, entres autres, avec divers établissements d'enseignement, municipalités et organismes à but non lucratif.

Enfin, six ententes ont été déposées par l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens.

définition que donne l'art. 2 de la *Loi* au terme « enregistrement sonore »?

L'interprétation législative vise à discerner l'intention du législateur à partir des termes employés, compte tenu du contexte global et du sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la *Loi*, son objet et l'intention du législateur. Même si les lois peuvent être interprétées de manière téléologique, leur interprétation doit respecter les mots choisis par le législateur. En outre, l'historique législatif peut aider de manière considérable à discerner l'intention qu'avait le législateur lorsqu'il a choisi le libellé d'un texte législatif.

Selon l'art. 2, un « enregistrement sonore » est un enregistrement constitué de sons, dont est exclue la bande sonore d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle accompagne celle-ci. Ainsi, une « bande sonore » est un « enregistrement sonore » sauf quand elle accompagne un film. S'il en était autrement, l'exclusion serait superflue.

Lorsqu'il accompagne un film, l'enregistrement de sons qui constituent une bande sonore n'est pas visé par la définition d'« enregistrement sonore » et ne déclenche pas l'application de l'art. 19. Un enregistrement sonore préexistant est constitué de sons enregistrés. Or, la *Loi* ne précise pas que l'enregistrement préexistant d'un « son » qui accompagne un film ne peut pas constituer une « bande sonore » au sens où il faut l'entendre pour l'application de l'art. 2. De l'avis de la Cour, un enregistrement sonore préexistant ne peut pas être exclu du sens de « bande sonore » à moins que le législateur exprime explicitement une telle intention dans la *Loi*. Il aurait pu le faire, par exemple, en excluant uniquement « l'ensemble des sons qui constituent une bande sonore ».

La Commission a bien interprété le terme « bande sonore ». Par conséquent, un enregistrement sonore préexistant qui fait partie d'une bande sonore ne peut pas donner droit à l'application d'un tarif quand cette dernière accompagne une œuvre cinématographique. Dans sa décision, la Commission a fait référence à certains propos tenus lors des séances du Comité permanent du patrimoine canadien quant aux dispositions qui font l'objet du litige. Ces commentaires confirment l'interprétation de la Commission.

Enfin, contrairement à ce que suggère l'appelante, l'interprétation de la Commission est compatible avec les obligations qui incombent au Canada en application de la *Convention de Rome*.

en ce qui concerne ces deux éléments, ainsi que d'autres, cette seule conclusion ne rend pas la décision déraisonnable.

***Ré:Sonne c. Motion Picture Theatre Associations of Canada* [Tarif 7 – Cinémas et cinémas en plein air, 2009-2011 et Tarif 9 – Télévision commerciale, 2009-2013 de Ré:Sonne]**

Motifs de jugement : Le juge LeBel (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps, Fish, Abella, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis)

Le 28 mars 2008, Ré:Sonne déposait à la Commission deux projets de tarifs pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication d'enregistrements sonores publiés. Le tarif 7 visait l'utilisation d'enregistrements sonores intégrés dans des films par les cinémas. Le tarif 9 visait l'utilisation d'enregistrements sonores dans les émissions de télévision.

Les intimées se sont opposées aux projets de tarifs au motif que la définition d'« enregistrement sonore » énoncée dans la *Loi* excluait la bande sonore d'une œuvre cinématographique. L'article 2 définit le terme « enregistrement sonore » comme suit :

> « enregistrement sonore » Enregistrement constitué de sons provenant ou non de l'exécution d'une œuvre et fixés sur un support matériel quelconque; est exclue de la présente définition la bande sonore d'une œuvre cinématographique lorsqu'elle accompagne celle-ci.

De son côté, Ré:Sonne prétendait que la définition d'« enregistrement sonore » n'excluait pas un enregistrement sonore préexistant intégré à une bande sonore. Selon elle, l'exclusion visait plutôt à combiner les droits relatifs aux éléments visuels et sonores d'une production cinématographique pour les protéger dans le cadre d'une nouvelle œuvre définie comme étant une « œuvre cinématographique ».

Les intimées ont demandé à la Commission de déterminer, à titre préliminaire, si quelqu'un pouvait recevoir une rémunération équitable au titre de l'article 19 de la *Loi* lorsqu'un enregistrement sonore publié fait partie de la bande sonore qui accompagne un film exécuté en public ou une émission de télévision communiquée au public par télécommunication.

La Commission a répondu par la négative et a refusé d'homologuer les tarifs. Elle a conclu qu'une « bande sonore » comprenait les enregistrements sonores préexistants et que ces enregistrements étaient exclus de la définition d'« enregistrement sonore » lorsqu'ils accompagnaient une œuvre cinématographique. La Cour d'appel fédérale a maintenu la décision de la Commission. Ré:Sonne a interjeté appel.

Le droit de percevoir une redevance au nom des artistes-interprètes et des producteurs d'enregistrements sonores, même s'il est prévu à l'art. 19, dépend de la définition du terme « enregistrement sonore » qui figure à l'art. 2 de la *Loi*. À moins que ce qui est exécuté ou communiqué au public par télécommunication soit un « enregistrement sonore », il ne saurait y avoir de droit de percevoir des redevances pour cette exécution ou cette communication.

Ainsi, ce pourvoi porte principalement sur l'application de principes bien connus d'interprétation législative. En effet, la question que doit trancher la Cour est la suivante : les enregistrements sonores préexistants incorporés à une bande sonore sont-ils visés par le terme non défini « bande sonore » utilisé dans la

principale est l'enseignement ou l'étude « non privée », est raisonnable.

Relativement à l'ampleur de l'œuvre, tel que l'a exprimé la majorité, l'élément de l'ampleur appelle un examen du rapport entre l'extrait et, non pas la quantité totale de ce qui est diffusé, mais bien l'œuvre complète. Le nombre de copies et la portée de la diffusion se rapportent plutôt à l'élément « nature d'une utilisation ».

Cela dit, l'analyse de la Commission au chapitre de l'ampleur de l'utilisation demeure axée sur le rapport entre l'extrait photocopié et l'œuvre complète. Dans l'application de cet élément aux faits, elle a souligné que les exemplaires de classe faisaient l'objet de nombreuses demandes visant les mêmes recueils. Cette constatation ne permet pas de conclure que la Commission a tenu compte à tort du nombre total de copies d'un extrait qui sont distribuées à une classe entière.

De l'avis de la Commission, même si les extraits photocopiés par les enseignants étaient généralement courts, la reproduction ultérieure par ces derniers d'autres extraits des mêmes ouvrages – les exemplaires de classe – rendait inéquitable le rapport global entre les pages copiées et l'œuvre entière dans un laps de temps donné. Ce constat ne paraît pas déraisonnable.

En ce qui concerne la nature de l'utilisation, la Commission s'est attardée au fait que de multiples copies d'un même extrait étaient distribuées à l'ensemble de la classe. Ses motifs ne révèlent donc pas de double prise en compte; elle a considéré la nature et l'ampleur séparément et tenu compte pour chacun de ces éléments d'aspects différents de l'utilisation avant de conclure au caractère inéquitable de l'utilisation.

Relativement aux solutions de rechange à l'utilisation de l'œuvre, tel qu'exprimé par la majorité, l'achat d'un exemplaire pour chacun des élèves ne paraît pas réaliste lorsqu'il s'agit d'utiliser de courts extraits pour complémenter un manuel principal.

En revanche, à supposer que les mêmes ouvrages constituant les exemplaires de classe feront l'objet de nombreuses demandes de reproduction de courts extraits, il n'était pas déraisonnable que la Commission conclue que les établissements d'enseignement avaient la possibilité de se procurer un plus grand nombre d'exemplaires pour les distribuer aux élèves ou les mettre à leur disposition à la bibliothèque ou en classe, au lieu de photocopier les ouvrages en cause. L'achat d'exemplaires supplémentaires ne constitue peut-être pas une solution de rechange non protégée de la nature de celles considérées dans *CCH*, mais il s'agit d'un fait pertinent dont la Commission pouvait tenir compte dans une affaire où elle a constaté que les mêmes ouvrages étaient systématiquement copiés. La conclusion de la Commission ne semble donc pas déraisonnable.

Quant à l'effet de l'utilisation sur l'œuvre, tel qu'exprimé par la majorité, la conclusion de la Commission selon laquelle les photocopies de la catégorie 4 faisaient concurrence à l'original au point de rendre l'utilisation non équitable ne semble pas étayée par la preuve au dossier. Néanmoins, une conclusion déraisonnable à l'égard de ce seul élément ne suffit pas à vicier toute l'analyse. Comme l'a dit la Cour dans *CCH*, aucun élément n'est à lui seul déterminant, et le caractère équitable ou inéquitable de l'utilisation demeure une question de fait. La Commission a accordé davantage d'importance au but de l'utilisation et à son ampleur qu'aux autres éléments. L'analyse de la Commission étant raisonnable

Enfin, l'examen de la Commission se révèle discutable en ce qui concerne l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. Access soulignait que les ventes de manuels scolaires avaient diminué de plus de 30 pour cent en 20 ans. Toutefois, comme le faisaient valoir les opposantes, rien ne prouvait que cette diminution était le résultat des photocopies faites par les enseignants. Malgré l'absence de preuve sur ce point, la Commission a néanmoins estimé que l'effet des photocopies, bien qu'impossible à quantifier, était suffisamment important pour conclure à une concurrence avec les œuvres originales.

En conclusion, la Commission a conclu au caractère inéquitable à l'issue d'une application erronée des éléments énoncés dans *CCH*; sa décision était donc déraisonnable. Le pourvoi a été accueilli et l'affaire renvoyée à la Commission pour qu'elle l'examine à nouveau.

Motifs dissidents : Le juge Rothstein (avec l'accord des juges Deschamps, Fish et Cromwell)

Selon les juges dissidents, la Commission n'a commis aucune erreur susceptible de contrôle dans son interprétation des éléments mis de l'avant dans *CCH* et, sauf sur un point relativement peu important, ni son analyse factuelle, ni sa prise en compte des éléments à partir des faits de l'espèce, ni ses conclusions ne sont déraisonnables.

Relativement à la fin poursuivie, l'enseignant poursuit aussi une fin qui lui est propre. Il fait les copies dans le dessein d'instruire et d'éduquer ses élèves, ce qui est l'essence même de l'enseignement. Le rôle de l'enseignant qui photocopie des extraits choisis diffère grandement de celui, complètement passif, du personnel de la Grande bibliothèque dans l'affaire *CCH*. Soulignant cette différence, la Commission a conclu que la fin poursuivie par l'enseignant prédomine dans les circonstances; cette conclusion n'est en rien déraisonnable.

La Commission n'a pas non plus eu tort d'établir une distinction entre les copies que fait l'enseignant à la demande d'un élève et celles qu'il fait de sa propre initiative. Dans *CCH*, c'était à la demande des avocats que le personnel de la Grande bibliothèque effectuait des photocopies. Sans demande de la part d'un avocat, aucune copie n'aurait été faite. Il n'est ni artificiel ni déraisonnable d'inférer, comme l'a fait la Commission, à partir du constat que la copie résulte de l'initiative de l'enseignant, que cette reproduction sert principalement la fin que poursuit ce dernier, soit l'enseignement.

La Commission n'a pas non plus eu tort de faire équivaloir enseignement et étude *non* privée et de conclure au caractère inéquitable de l'utilisation compte tenu de la fin poursuivie.

Dans la *Loi*, le législateur précise que pour être équitable, l'utilisation d'une œuvre protégée doit avoir pour fin l'étude privée, ce qui porte à croire qu'il conçoit que l'étude peut être privée ou non. Le législateur ne parle pas pour ne rien dire, et les mots qu'il choisit doivent donc être interprétés de manière à avoir un sens. On ne saurait interpréter la disposition en cause de manière à dépouiller l'adjectif « privée » de tout sens.

Le législateur n'a pu vouloir que le terme « étude privée » s'entende de la situation où des dizaines, des centaines, voire des milliers de copies sont faites à l'échelle d'une école, d'un district scolaire ou d'une province dans le cadre établi d'un programme d'enseignement. La conclusion qu'a tirée la Commission, à savoir que, en ce qui concerne les copies de la catégorie 4, la fin réelle ou

recherche ou à l'étude privée poursuivent en symbiose une même fin. Dans le contexte scolaire, enseignement et recherche ou étude privée sont tautologiques.

La Commission a créé une division artificielle entre ces fins réunies en distinguant les copies produites par l'enseignant à la demande d'un élève (catégories 1 à 3) et celles produites en l'absence d'une telle demande (catégorie 4). Dans *CCH*, la Cour n'a aucunement laissé entendre que les photocopies d'ouvrages juridiques devaient avoir été demandées à la Grande bibliothèque pour que l'on puisse considérer qu'elles avaient été faites aux fins de recherche. Au contraire, elle a conclu que les copies d'ouvrages juridiques étaient nécessaires au processus de recherche et en font donc partie.

De même, les photocopies que l'enseignant distribue constituent un élément essentiel de la recherche et de l'étude privée des élèves. Le fait que des copies sont fournies sur demande et d'autres pas n'altère en rien leur importance pour les élèves lorsqu'ils s'adonnent à ces deux activités.

Les propos de la Commission, suivant lesquels les photocopies, parce qu'elles sont utilisées collectivement par les élèves en classe, n'étaient pas équitables car elles n'avaient pas été faites aux fins d'étude « privée » ne tiennent pas.

L'adjectif « privée » n'exige pas de l'utilisateur qu'il consulte une œuvre protégée dans un isolement complet. Étudier et apprendre sont des activités intrinsèquement personnelles, qu'on s'y adonne seul ou avec d'autres. En s'attachant au lieu physique de l'enseignement dispensé en classe plutôt qu'à la notion d'étude, la Commission a de nouveau dissocié de manière artificielle l'enseignement dispensé par l'enseignant et l'étude à laquelle se livre l'élève.

L'analyse de l'ampleur de l'utilisation est également problématique. La Commission a reconnu que l'enseignant ne reproduit généralement que de courts extraits de chacun des manuels. La Commission devait se demander si la proportion entre chacun des courts extraits et l'œuvre complète était équitable. Or, elle a conclu que la probable reproduction répétée de mêmes exemplaires d'un manuel tendait plutôt à rendre l'utilisation inéquitable.

Il s'agit d'une approche erronée. Le critère de l'ampleur ne commande pas une appréciation quantitative en fonction de l'utilisation globale; il appelle un examen du rapport entre l'extrait et, non pas la quantité totale de ce qui est diffusé, mais bien l'œuvre complète. Dans *CCH*, la Cour fait observer que le nombre total de pages reproduites se rattache à un autre élément, celui de la nature de l'utilisation.

La manière dont la Commission analyse les solutions de rechange à l'utilisation pose également problème. La Commission a conclu que les établissements d'enseignement disposaient d'une solution de rechange à la reproduction des manuels : ils pouvaient acquérir des exemplaires pour tous les élèves ou les mettre à leur disposition à la bibliothèque.

L'achat de livres pour tous les élèves ne constitue pas une solution de rechange réaliste à la reproduction par l'enseignant de courts extraits complémentaires. D'abord, les écoles ont déjà acquis des exemplaires qui sont conservés dans les salles de classe ou à la bibliothèque, et dont les enseignants tirent des copies. En outre, l'achat d'exemplaires supplémentaires pour les distribuer aux élèves n'est pas une solution raisonnable étant donné que, selon la Commission, les enseignants ne photocopient que de courts extraits pour compléter les manuels utilisés.

équitable : le but, la nature et l'ampleur de l'utilisation, l'existence de solutions de rechange à l'utilisation, la nature de l'œuvre et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre.

En l'espèce, les parties étaient d'accord pour affirmer que le premier volet du critère avait été respecté et que les utilisations avaient été effectuées suivant la fin permise de recherche ou d'étude privée. Le litige portait sur le deuxième volet : les copies de la catégorie 4 résultaient-elles d'une utilisation équitable au regard des éléments énoncés dans *CCH*?

Le problème principal réside dans la manière dont la Commission a appréhendé l'élément qui correspond au but de l'utilisation. Parce que les copies de la catégorie 4 n'étaient pas faites à la demande d'un élève, la Commission a conclu que la reproduction n'avait plus pour fin la recherche ou l'étude privée. Elle invoquait à l'appui de sa conclusion le fait que, dans *CCH*, la Grande bibliothèque effectuait les copies à la demande des avocats. En l'espèce, puisque les copies de la catégorie 4 ne résultaient pas d'une semblable demande, la Commission a jugé que l'utilisation avait pour but prédominant la fin poursuivie par l'enseignant, c'est-à-dire l'étude non privée ou l'enseignement.

Access faisait valoir qu'il fallait déterminer le but de l'utilisation suivant le point de vue de la personne qui fait la copie, en l'occurrence l'enseignant. Elle a cité à l'appui trois arrêts fondamentaux émanant de pays membres du Commonwealth selon lesquels la fin que poursuit la personne qui reproduit l'œuvre est déterminante.

Selon la Cour, cette jurisprudence n'est pas d'une grande utilité. D'abord, les tribunaux du Royaume-Uni conçoivent la fin de l'utilisation plus restrictivement que ne le fait la Cour dans *CCH*. Mais surtout, dans ces affaires, les intéressés étaient de toute évidence animés par un motif inavoué, tel un motif commercial. S'appuyant sur les fins permises que sont la recherche ou l'étude privée, ils tentaient en fait de s'attribuer les fins de leurs clients ou des étudiants afin d'échapper à des allégations de violation du droit d'auteur.

Donc, dans la mesure où elles sont pertinentes, ces affaires permettent d'affirmer non pas que la recherche et l'étude privée sont incompatibles avec l'enseignement, mais plutôt que l'auteur des copies ne peut dissimuler la fin distincte qu'il poursuit en l'amalgamant avec la recherche ou l'étude à laquelle s'adonne l'utilisateur final.

Tel que mentionné dans le pourvoi connexe *SOCAN c. Bell*, l'utilisation équitable est un droit des utilisateurs. Il convient d'adopter le point de vue de ces derniers pour déterminer, au premier volet du critère de l'arrêt *CCH*, s'il y a utilisation pour une fin permise. Il ne s'ensuit toutefois pas que le but de l'auteur des copies ne compte pas au second volet. Lorsque, comme dans les affaires auxquelles Access a fait référence, sous le couvert d'une fin permise du point de vue de l'utilisateur, l'auteur des copies se livre à une utilisation distincte qui est de nature à rendre l'utilisation inéquitable, cette autre fin distincte est également prise en compte dans l'analyse du caractère équitable.

Cependant, en l'espèce, l'enseignant ne poursuit pas une telle fin distincte. Il n'a pas de motif inavoué lorsqu'il fournit des copies à ses élèves. On ne saurait non plus soutenir qu'il poursuit une fin d'enseignement totalement distincte, car il est là pour faciliter la recherche et l'étude privée des élèves. La fin que poursuit l'enseignant lorsqu'il fait des copies est celle de procurer à ses élèves le matériel nécessaire à leur apprentissage. L'enseignant/auteur des copies et l'élève/utilisateur qui s'adonne à la

reçoivent la communication au même endroit ou en des lieux différents, au même moment ou à des moments différents, à leur initiative ou à celle de l'expéditeur.

Le pourvoi fut accueilli en ce qui concerne le téléchargement et rejeté en ce qui a trait à la transmission de musique en continu sur l'Internet.

Alberta (Éducation) c. Access Copyright **[Tarif d'Access Copyright – Établissements d'enseignement, 2005-2009]**

Motifs de jugement : La juge Abella (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Moldaver et Karakatsanis)

En 2004, Access Copyright (Access) déposait à la Commission un projet de tarif visant la reproduction par reprographie des œuvres faisant partie du répertoire d'Access par les établissements d'enseignement primaires et secondaires hors Québec.

Durant le processus devant mener aux audiences devant la Commission, les parties ont convenu des modalités d'une enquête sur le volume de photocopies, laquelle a eu lieu de février 2005 à mars 2006. Certains renseignements étaient consignés sur une étiquette d'enregistrement par des observateurs situés près des photocopieurs.

À partir des informations recueillies grâce aux étiquettes, les photocopies ont été attribuées à l'une de quatre catégories. Les trois premières catégories regroupaient les copies faites par un enseignant pour lui-même ou pour un élève à sa demande. Les parties convenaient que les copies appartenant à ces catégories étaient équitables.

Les copies appartenaient à la catégorie 4 lorsque l'enseignant les avait faites de son propre chef, avec demande aux élèves d'en prendre connaissance. Elles résultaient de la reproduction de courts extraits de manuels et étaient distribuées aux élèves par l'enseignant en guise de complément au manuel principal utilisé.

Durant l'audience, Access a fait valoir que les copies de la catégorie 4 ne respectaient pas le cadre relatif à l'utilisation équitable établi dans l'arrêt *CCH*. Les opposantes ont répliqué que les copies de la catégorie 4 étaient équitables aux fins des art. 29 et 29.1 de la *Loi* et ne devaient donc être assujetties à aucun tarif.

Se fondant sur la preuve provenant des étiquettes utilisées lors de l'enquête sur le volume, la Commission a conclu que les copies de la catégorie 4 avaient été effectuées aux fins d'étude privée ou de recherche, deux fins énumérées à l'art. 29 de la *Loi*. La Commission a néanmoins conclu que, eu égard aux critères énoncés dans *CCH*, les copies n'étaient pas équitables et étaient par conséquent assujetties au tarif.

Les opposantes n'ont interjeté appel devant la Cour suprême que sur la question de l'utilisation équitable. Elles faisaient valoir que la conclusion de la Commission ne respectait pas le cadre établi dans *CCH*, ce qui la rendait déraisonnable.

Énoncé dans l'arrêt *CCH*, le critère qui permet de déterminer si une utilisation est équitable comporte deux volets. Premièrement, l'utilisation a-t-elle pour objet l'étude privée ou la recherche, la critique ou le compte rendu, ou encore, la communication des nouvelles, soit l'une ou l'autre des fins permises aux art. 29, 29.1 et 29.2 de la *Loi*? Deuxièmement, l'utilisation est-elle « équitable »? Selon la Cour, un certain nombre d'éléments permettent de déterminer si une utilisation est

s'attachaient aux actes accomplis par l'expéditeur pour communiquer l'œuvre pendant une période donnée.

La Cour a conclu que la prétention des appelantes était indéfendable, car y faire droit mènerait à des résultats arbitraires.

S'attacher à chacune des transmissions individuelles fait perdre de vue la nature véritable de la communication en cause et subordonne la protection du droit d'auteur aux détails techniques du mode opératoire retenu par la personne qui violerait le droit d'auteur, ce qui n'est pas de nature à assurer une protection rationnelle du droit d'auteur. Il faut donc tenir compte du contexte général pour déterminer si une transmission point à point porte atteinte au droit exclusif de communiquer l'œuvre au public. C'est la seule façon de s'assurer que la forme ne l'emporte pas sur le fond.

La règle dont les appelantes préconisent l'application de telle sorte que chacune des transmissions soit examinée isolément parce qu'elle intervient à la demande individuelle d'un utilisateur aurait pour effet de soustraire toute communication interactive au respect du droit exclusif du titulaire du droit d'auteur de communiquer son œuvre au public et d'autoriser pareille communication. Par définition, la communication sur demande, qui entre dans la catégorie de ce qu'on appelle l'« extraction personnalisée », a lieu à l'initiative de l'utilisateur, indépendamment de tout autre utilisateur, et chacune des transmissions individuelles a lieu d'un point à un autre. Aucune de ces télécommunications ne pourrait être considérée comme une télécommunication « au public » pour le seul motif que la transmission concrète intervient à l'initiative et à la discrétion de l'utilisateur, qui répond à l'invitation lancée au public d'accéder au contenu en cause.

Le libellé de l'al. 3(1)*f*) de la *Loi* ne justifie aucunement une interprétation aussi stricte. Il n'y a pas communication qu'en l'absence de toute interaction.

Le lien historique entre le droit de communiquer au public et la « distribution sélective » ou « radiodiffusion », en particulier la modification apportée en 1988, montre bien que la *Loi* s'est adaptée pour demeurer en phase avec un contexte technologique en constante évolution. Ce lien ne permet pas de considérer que la *Loi* établit implicitement des restrictions qui ne ressortent pas de son libellé neutre ou qui sont même incompatibles avec celui-ci.

Pour déterminer le champ d'application du droit d'auteur, il faut se rappeler que la *Loi sur le droit d'auteur* est généralement présentée comme établissant un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur. Cet équilibre n'est pas correctement établi lorsque, au lieu de dépendre de l'activité de communication sous-jacente, la protection de l'œuvre est entièrement tributaire du modèle d'entreprise retenu par celui qui contreviendrait au droit d'auteur. Qu'une entreprise choisisse de transmettre un contenu protégé selon le mode traditionnel de la « radiodiffusion » ou qu'elle opte pour une nouvelle technologie axée sur ce qui plaît ou convient à l'utilisateur, le résultat est en fin de compte le même : l'œuvre protégée est mise à la disposition d'un groupe de personnes faisant partie du grand public.

Lorsqu'on conclut à l'existence d'une série de communications point à point de la même œuvre à un groupe de personnes, il importe peu, pour déterminer si la protection du droit d'auteur s'applique, que les destinataires

de musique en ligne au consommateur individuel constitue une communication privée.

Norme de contrôle

Dans des arrêts récents, la Cour suprême a dit sans équivoque que la déférence est habituellement de mise lors du contrôle judiciaire de la décision d'un organisme administratif qui interprète et applique sa loi constitutive, et donc, il convient de présumer que la norme de contrôle à laquelle est assujettie la décision d'un tribunal administratif qui interprète sa loi constitutive ou qui l'applique est celle de la décision raisonnable.

Toutefois, il serait illogique de contrôler la décision de la Commission sur un point de droit selon une norme déférente, mais d'examiner *de novo* la décision d'une cour de justice rendue en première instance sur le même point de droit dans le cadre d'une action pour violation du droit d'auteur. Il serait tout aussi incohérent que, saisie d'un appel visant un contrôle judiciaire, la cour d'appel fasse preuve de déférence à l'égard de la décision de la Commission sur un point de droit, mais applique la norme de la décision correcte à la décision d'une cour de justice en première instance sur le même point de droit. La norme de la décision correcte est donc celle qui convient au contrôle judiciaire de la décision de la Commission sur un point de droit.

Un régime législatif suivant lequel un tribunal administratif et une cour de justice peuvent trancher une même question de droit en première instance diffère sensiblement des régimes dont l'application donne lieu à la plupart des contrôles judiciaires. Les motifs de la Cour ne sauraient être interprétés comme une rupture d'avec l'arrêt *Dunsmuir* ou ceux rendus dans sa foulée en ce qui concerne la déférence qui s'impose de prime abord lors du contrôle judiciaire d'une décision sur une question de droit que rend un tribunal administratif en interprétant sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat. Également, lorsqu'elle applique les bons principes juridiques aux faits d'une affaire, la Commission a droit à la déférence, à l'instar du juge de première instance dont la même démarche est portée en appel.

Contrairement à ses collègues, la juge Abella a conclu que la norme de contrôle applicable devrait être celle de la décision raisonnable. Lorsqu'elle interprète sa loi constitutive aux fins de l'établissement de tarifs pour la communication effectuée grâce aux nouveaux médias numériques, la Commission du droit d'auteur a droit à la même déférence et est soumise à la même norme que tout autre tribunal administratif spécialisé au Canada.

Communication « au public »

Devant la Cour, les appelantes soutenaient que la transmission point à point, par télécommunication, de la copie individuelle d'une œuvre musicale ne constituait pas une communication au public, et ce, peu importe qu'une autre copie de la même œuvre soit transmise ou non à un autre client à un moment différent. L'intimée prétendait le contraire. Nulle partie au pourvoi ne contestait que les communications en litige constituent des « télécommunications » au sens de la *Loi*.

Les deux parties au pourvoi invoquaient l'arrêt *CCH* à l'appui de leur thèse respective mais ne s'entendaient pas sur l'application de la réserve qui y est exprimée, à savoir que « la transmission répétée d'une copie d'une même œuvre à de nombreux destinataires pourrait constituer une communication au public et violer le droit d'auteur.» Alors que les appelantes soutenaient qu'il fallait tenir compte du destinataire de chacune des transmissions, la SOCAN et les tribunaux inférieurs

Suivant une application, neutre quant au support, de la *Loi* aux faits de l'espèce, le droit de reproduction demeure applicable à l'exemplaire obtenu par téléchargement, même si celui-ci est numérique, et le droit de communication s'applique toujours aux communications numériques, bien qu'elles puissent différer des technologies de diffusion traditionnelles. Cependant, pareille application de la *Loi* ne saurait permettre à une cour de justice de faire abstraction du sens ordinaire des mots employés par le législateur et d'accorder au titulaire du droit d'auteur la protection qu'elle estime indiquée.

Communiquer une œuvre au public par télécommunication est un droit autonome et distinct des autres droits que confère à l'auteur le par. 3(1). Ce droit est exercé dès réception de la communication, en l'occurrence au moment du téléchargement du fichier dans l'ordinateur de l'utilisateur, bien que le fichier puisse ne pas être perçu dès sa transmission, ni même jamais.

Bell Canada, Rogers Communications Inc., Puretracks Inc., et Telus Communications Company c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique **[Tarif 22.A de la SOCAN – Services de musique en ligne, 1996-2006]**

Motifs de jugement : Le juge Rothstein (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Fish, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis)

Motifs concordants : La juge Abella

Les services de musique en ligne offrent des téléchargements permanents, des téléchargements limités et des transmissions en continu sur demande qui renferment des œuvres musicales.

Le 18 octobre 2007, la Commission homologuait le Tarif 22.A de la SOCAN pour la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales par les services de musique en ligne. La Commission concluait, notamment, que le droit exclusif du titulaire du droit d'auteur de communiquer l'œuvre au public par télécommunication prévu dans la *Loi* s'appliquait au téléchargement et à la transmission en continu d'œuvres musicales. Les redevances réclamées par les titulaires du droit d'auteur sur les œuvres communiquées l'étaient donc à juste titre; elles s'ajoutaient à celles touchées pour la reproduction lorsque les œuvres étaient reproduites au moyen de l'Internet. Saisie de l'appel de cette décision, la Cour d'appel fédérale a abondé dans le même sens.

Seul le sens des mots « au public » employés à l'al. 3(1)*f*) de la *Loi* faisait l'objet du litige. Les services de musique en ligne, qui sont à l'origine du pourvoi, prétendent que leurs utilisations d'œuvres musicales n'emportent pas l'application du droit de communiquer au public par télécommunication que confère l'al. 3(1)*f*), car il ne s'agit pas de communications « au public ». Dans l'affaire connexe *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (dont un résumé est inclus dans la présente section du rapport)*, la Cour devait décider si un téléchargement pouvait constituer une « communication » pour l'application de cet alinéa. Les juges majoritaires de la Cour ont conclu que l'œuvre musicale qui était téléchargée n'était pas « communiquée » par télécommunication. La question qu'il restait donc à trancher en l'espèce est celle de savoir si la transmission en continu d'une œuvre protégée ne porte néanmoins pas atteinte au droit exclusif de communication au public puisque la transmission point à point du site Web du service

Dans ce secteur d'activité, l'usage veut que l'éditeur négocie l'affranchissement des droits de reproduction d'une œuvre musicale avant de lancer le jeu vidéo auquel celle-ci est intégrée. Il est admis que, une fois les droits de reproduction acquittés, le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale ne peut prétendre à des droits supplémentaires lorsque le jeu vidéo est vendu dans un magasin ayant pignon sur rue ou expédié par la poste sur disque compact.

Dans l'arrêt *Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Assoc. canadienne des fournisseurs Internet*, le juge Binnie a relevé la conclusion de la Commission suivant laquelle « une communication Internet a lieu au moment où l'œuvre est transmise du serveur hôte à l'ordinateur de l'utilisateur final, que l'écoute ou le visionnement soit immédiat ou ultérieur, ou n'ait jamais lieu », un point qui, selon lui, « n'est plus contesté ».

La question que soulevait le pourvoi est celle de savoir si la transmission d'un jeu vidéo par téléchargement Internet peut être assimilée à une « communication » au public pour l'application de l'al. 3(1)*f*) de la *Loi*. Dans l'affirmative, la SOCAN peut percevoir des redevances pour la communication de toute œuvre musicale comprise dans le jeu.

Il convient d'interpréter la *Loi* conformément aux règles générales d'interprétation législative. Il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur.

Les définitions des mots « communiquer » et « transmettre » et le contexte dans lequel ceux-ci sont employés dans la *Loi* n'appuient pas la conclusion d'ESA selon laquelle, à l'al. 3(1)*f*), « communiquer » s'entend forcément de faire parvenir une information sous une forme perceptible par l'être humain à une autre personne pour écoute ou visualisation immédiates.

Il appert de la formulation même du par. 3(1) que le droit de communication prévu à l'al. *f*) est autonome et distinct du droit d'exécution ou de représentation énoncé dans la partie introductive de l'article. Ainsi, l'application de longue date de l'al. 3(1)*f*) aux entreprises de (radio ou télé) diffusion ne justifie pas de voir dans la *Loi* des restrictions implicites qui ne ressortent pas de son libellé actuel et qui, même, le contredisent. En particulier, cette association historique n'étaye pas la thèse d'ESA voulant que la *Loi* établisse implicitement l'exigence substantielle que la transmission « revête une forme perceptible par l'être humain pour écoute ou visualisation immédiates. »

La question de savoir si l'œuvre transmise dans l'Internet est perceptible immédiatement ou à un moment ultérieur ou si la technologie utilisée suppose ou non la production d'une copie temporaire, comme dans le cas de la transmission en continu, ou d'une copie permanente, n'est pas pertinente pour déterminer s'il y a communication de l'œuvre et si cette dernière sera visionnée ou écoutée par le destinataire ou si elle est susceptible de l'être.

De même, transmettre l'œuvre dans Internet, et donc la « communiquer [...] par télécommunication » au sens ordinaire de ces mots, afin de faire parvenir à l'utilisateur une copie du jeu vidéo auquel elle est intégrée ne change rien au fait qu'il y a communication Internet devant être autorisée par le titulaire du droit d'auteur.

Suivant la considération de principe que fait valoir ESA, le titulaire du droit d'auteur ne saurait se voir reconnaître à la fois le droit de reproduire et le droit de communiquer dans le cas d'un téléchargement Internet. La réponse à cette prétention est simple : les droits conférés au par. 3(1) sont distincts.

une œuvre, et non au droit de créer une copie permanente de l'œuvre, le confirme.

L'exécution d'une œuvre diffère fondamentalement de sa reproduction. Comme l'a conclu la Cour dans l'arrêt *Bishop c. Stevens*, une exécution est de nature passagère et ne laisse pas le téléspectateur ou l'auditeur en possession d'une copie durable de l'œuvre. Dès lors, le verbe « communiquer » employé à l'al. 3(1)*f*), qui a de tout temps été lié au droit d'exécution ou de représentation, ne doit pas être transformé par la présence du mot « télécommunication » de telle sorte qu'il englobe des activités apparentées à la reproduction.

Dans l'affaire *Bishop*, deux activités étaient en cause : (1) la réalisation d'une copie éphémère de l'œuvre musicale en vue de sa diffusion, (2) la diffusion effective de celle-ci. Or, une seule activité était en cause : le téléchargement de la copie d'un jeu vidéo contenant une œuvre musicale. Dans *Bishop*, la Cour n'a pas affirmé qu'une seule activité (le téléchargement) pouvait porter atteinte à deux droits distincts en même temps.

Le droit de communication énoncé à l'al. 3(1)*f*) n'est pas non plus un droit *sui generis* qui s'ajoute aux droits généraux énoncés au par. 3(1). La partie introductive définit ce qui constitue le « droit d'auteur ». Elle dispose que le droit d'auteur « comporte » le droit exclusif de produire ou reproduire une œuvre sous une forme matérielle quelconque, d'exécuter l'œuvre ou de la représenter en public et de publier une œuvre non publiée. Il s'agit d'une définition exhaustive, car dans sa version anglaise, le terme « means » en circonscrit la portée. Le texte introductif précise à la fin que le droit d'auteur « comporte, en outre » plusieurs autres droits, qui sont énumérés aux al. *a*) à *i*). Partant, les droits énoncés dans la partie introductive constituent l'assise fondamentale du droit d'auteur. Ceux qui font l'objet des alinéas suivants ne sont que des exemples.

La conclusion de la Commission selon laquelle distribuer sur l'Internet une copie permanente d'un jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale équivaut à « communiquer » cette œuvre pour l'application de l'al. 3(1)*f*) devait être annulée. Par conséquent, la Cour a accueilli le pourvoi.

Motifs dissidents : Le juge Rothstein (avec l'accord des juges LeBel, Fish et Cromwell)

La Cour a déjà établi les principes devant présider à l'analyse qui s'impose en l'espèce. Le droit d'auteur tire son origine de la loi et il est constitué d'un ensemble de droits légaux distincts. Les tribunaux doivent appliquer ces droits distincts conformément à la volonté exprimée par le législateur. Ils doivent respecter le libellé choisi par le législateur et se garder d'y passer outre même s'il leur faut se rappeler que la *Loi* établit un équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres artistiques et intellectuelles et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur, ce qui requiert non seulement de reconnaître les droits du créateur, mais aussi d'accorder l'importance qu'il convient à la nature limitée de ces droits.

En règle générale, la neutralité technologique est souhaitable en matière de droit d'auteur. Il ne s'agit cependant pas d'une exigence légale susceptible de primer le texte de la *Loi* ou de faire obstacle à l'application des différents droits protégés par le législateur. Fondamentalement, la thèse défendue par les juges de la majorité empêche l'application d'autres droits du titulaire du droit d'auteur dans les circonstances considérées et dépouille ces droits de leur objet distinct. Point n'est besoin de faire renaître des droits qui n'ont jamais été épuisés.

La Commission du droit d'auteur a conclu que la vente sur l'Internet d'un jeu vidéo contenant une œuvre musicale dont les redevances avaient déjà été négociées avec le titulaire du droit d'auteur emportait néanmoins l'exigibilité d'une nouvelle redevance. La Cour d'appel fédérale a confirmé sa décision.

De l'avis de la Cour, la Commission a mal interprété les dispositions en cause de la *Loi*, et elle a fait abstraction de décennies d'évolution législative. Sa décision allait à l'encontre du principe de la neutralité technologique voulant que la *Loi* s'applique uniformément malgré la diversité technologique des supports.

Le litige portait principalement sur le sens du verbe « communiquer » employé à l'al. 3(1)*f*), mais non défini dans la *Loi*. La SOCAN avait demandé à la Commission, en application de cette disposition, l'homologation d'un tarif pour le téléchargement d'œuvres musicales sur l'Internet. Au nom d'une large coalition d'éditeurs et de distributeurs de jeux vidéo, l'*Entertainment Software Association* et l'Association canadienne du logiciel de divertissement (collectivement, ESA) se sont opposées au tarif en faisant valoir que « télécharger » un jeu vidéo contenant une œuvre musicale n'équivalait pas à « communiquer » ce jeu au public par télécommunication aux fins de l'al. 3(1)*f*). En fait, le « téléchargement » ne constitue qu'un mode supplémentaire et plus efficace de distribuer des exemplaires d'un jeu à la clientèle. La copie téléchargée est identique à l'exemplaire acheté en magasin ou expédié au client par la poste, et les éditeurs de jeux versent déjà aux titulaires du droit d'auteur des redevances pour l'ensemble de ces activités de reproduction.

La Cour était d'accord avec ESA et à son avis, la conclusion de la Commission selon laquelle un tarif distinct s'applique au téléchargement pour la « communication » d'une œuvre musicale va à l'encontre du principe de la neutralité technologique, à savoir que la *Loi* s'applique uniformément aux supports traditionnels et aux supports plus avancés sur le plan technologique. Le paragraphe 3(1) de la *Loi* adhère au principe de la neutralité technologique en reconnaissant un droit de produire ou de reproduire une œuvre « sous une forme matérielle quelconque ». Selon la Cour, il n'y a aucune différence d'ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l'œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. L'Internet ne représente qu'un taxi technologique assurant la livraison d'une copie durable de la même œuvre à l'utilisateur.

De plus, la thèse d'ESA se conciliait avec la mise en garde de la Cour dans l'arrêt *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, c'est-à-dire que, en matière d'application du droit d'auteur, l'équilibre entre, d'une part, la promotion, dans l'intérêt du public, de la création et de la diffusion des œuvres et, d'autre part, l'obtention d'une juste récompense pour le créateur commande de reconnaître la « nature limitée » des droits du créateur.

Le principe de la neutralité technologique veut que, sauf intention contraire avérée du législateur, nous interprétions la *Loi* de manière à ne pas créer un palier supplémentaire de protection et d'exigibilité d'une redevance qui soit uniquement fondé sur le mode de livraison de l'œuvre à l'utilisateur.

Selon la Cour, la Commission a conclu à tort que distribuer sur l'Internet une copie d'un jeu vidéo qui renferme une œuvre musicale équivalait à « communiquer » cette œuvre au public. L'historique de la *Loi*, dont il ressort que le droit de « communiquer » a toujours été lié à celui d'exécuter ou de représenter

transmis en continu, constitue un moyen raisonnablement nécessaire à la recherche par le consommateur de ce qu'il souhaite acquérir.

La nature de l'œuvre – le cinquième élément – appelle à se demander si l'œuvre est de celles qui devraient être largement diffusées. La SOCAN ne niait pas que la vente et la diffusion des œuvres musicales étaient souhaitables, mais selon elle, puisque ces œuvres pouvaient facilement être acquises et diffusées sans écoute préalable, celle-ci ne conférait pas d'avantage supplémentaire pour l'optimisation de la diffusion. Or, un grand accès à une œuvre musicale ne coïncide pas nécessairement avec sa diffusion à grande échelle. Il n'y aura diffusion d'une œuvre que si un acquéreur éventuel peut la trouver et décider de l'acheter.

L'observation qui précède est liée au dernier élément : l'effet de l'utilisation sur l'œuvre et, notamment, le risque que l'utilisation nuise à l'œuvre ou y fasse concurrence. Étant donné la courte durée des extraits et leur piètre qualité, on peut difficilement leur reprocher de faire concurrence au téléchargement de l'œuvre complète. Et comme l'écoute préalable a pour effet d'augmenter les ventes d'œuvres musicales, on ne saurait lui attribuer d'incidence négative sur les œuvres.

Toutes ces considérations confirment la conclusion de la Commission selon laquelle l'écoute préalable remplit les conditions de l'utilisation équitable.

Entertainment Software Association et Entertainment Software Association of Canada c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique et CMRRA/SODRAC Inc **[Tarifs 22.B-G de la SOCAN – Internet, autres utilisations de musique, 1996-2006]**

Motifs de jugement conjoints : Les juges Abella et Moldaver (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges Deschamps et Karakatsanis)

Ce pourvoi avait pour objet l'œuvre musicale que renferme le jeu vidéo téléchargeable sur Internet.

Dans le secteur de l'édition de jeux vidéo, les redevances de reproduction pour toute œuvre musicale qui est intégrée à un jeu sont actuellement négociées avant l'emballage et la vente au public. Une fois ces droits négociés, le titulaire du droit d'auteur sur l'œuvre musicale ne peut plus prétendre à des droits supplémentaires lors de la vente du jeu. La question qui se pose en l'espèce est celle de savoir si les droits renaissent néanmoins lorsque l'œuvre est vendue sur l'Internet plutôt qu'en magasin.

Les appelantes faisaient valoir que la transmission d'une œuvre qui résulte de son téléchargement sur l'Internet ne donnait pas droit à une rémunération supplémentaire au titre de l'al. 3(1)*f*) de la *Loi*. L'intimée, la SOCAN, soutenait que, suivant la *Loi*, le droit de reproduction et le droit de communication étaient distincts et que le titulaire du droit d'auteur devait être rémunéré pour la communication de son œuvre par téléchargement Internet.

La SOCAN a fait valoir que l'écoute préalable avait un but strictement commercial. Ce faisant, elle considère le but de l'écoute préalable du point de vue non pas du consommateur, mais du fournisseur de services. Au contraire, l'angle d'analyse en l'espèce est celui de l'utilisateur, et la fin poursuivie par ce dernier lors de l'écoute préalable est la recherche d'œuvres musicales en vue d'en faire l'achat en ligne. Bien qu'il vende le téléchargement d'œuvres musicales, le fournisseur de services offre l'écoute préalable essentiellement pour faciliter la poursuite des fins de recherche du consommateur.

La Commission a souligné que des mesures garantissent que l'écoute préalable aura lieu à cette fin : les extraits sont courts, en continu et de qualité souvent inférieure à celle de l'œuvre musicale. Ces caractéristiques empêchent la substitution des extraits aux œuvres, mais permettent néanmoins la recherche.

Le deuxième élément à considérer selon l'arrêt *CCH* est la nature de l'utilisation. Selon la Cour, une utilisation peut être inéquitable lorsque de multiples copies d'une œuvre sont diffusées largement. En outre, le fait qu'une seule copie sert à une fin légitime en particulier ou que la copie cesse d'exister après son usage milite en faveur du caractère équitable de l'utilisation.

La prétention de la SOCAN reposait sur le constat que le consommateur accède en moyenne dix fois plus souvent à l'extrait d'une œuvre musicale qu'à sa version intégrale. Or, il ne reste pas de copie de l'extrait après l'écoute préalable. Les extraits sont transmis en continu; ils ne sont pas téléchargés. L'utilisateur n'obtient pas de copie permanente, et une fois l'écoute terminée, le fichier est supprimé automatiquement dans l'ordinateur, ce qui rend impossible toute reproduction ou nouvelle diffusion par l'utilisateur.

Le troisième élément énoncé dans *CCH* correspond à l'ampleur de l'utilisation. La Commission, pour qui l'ampleur correspond à la durée de l'extrait par rapport à celle de l'œuvre en entier, a conclu que l'écoute préalable d'un extrait d'une trentaine de secondes constituait une utilisation modeste par rapport à l'achat de l'œuvre complète pour écoute répétée.

La SOCAN a toutefois écarté cette appréciation et a fait valoir que la Commission devait plutôt tenir compte du nombre global d'extraits écoutés par les consommateurs au moyen de la transmission en continu.

L'argument de la SOCAN va à l'encontre de ce qu'a dit la Cour dans *CCH*, à savoir que l'ampleur de l'utilisation s'entend de l'ampleur, du point de vue quantitatif, de l'extrait tiré de l'œuvre. Puisque l'utilisation équitable correspond à un droit des utilisateurs, il faut déterminer l'ampleur en fonction de l'utilisation individuelle, et non globale. C'est donc à l'aune du rapport entre l'extrait et l'œuvre entière, comme l'a préconisé la Commission, qu'il faut déterminer l'ampleur de l'utilisation. L'aspect quantitatif de la diffusion globale relève quant à lui de la nature de l'utilisation.

En ce qui concerne le quatrième élément, la Cour, dans *CCH*, a invité à examiner toute solution de rechange à l'utilisation. La SOCAN prétendait qu'il existait d'autres méthodes grâce auxquelles les consommateurs pouvaient choisir la musique qu'ils voulaient se procurer. Cela dit, aucune des solutions de rechange proposées ne permet au consommateur, comme seule le fait l'écoute préalable, d'écouter l'œuvre musicale, du moins en partie. Tel que l'a conclu la Commission, l'écoute préalable de courts extraits de piètre qualité,

Certes, l'un des objets importants de l'utilisation équitable des œuvres protégées est de permettre à d'autres personnes d'accomplir elles-mêmes des actes d'expression et de création. Pour autant, on ne saurait considérer que seule une fin créative constitue une fin de recherche pour l'application de l'art. 29 de la *Loi*.

Rendre la recherche tributaire de la poursuite d'une fin créative serait également contraire à son sens ordinaire, car on peut y associer nombre d'activités qui ne consistent pas nécessairement à établir des faits nouveaux ou à tirer des conclusions nouvelles. La recherche peut être fragmentaire, informelle, exploratoire ou confirmative. Elle peut même n'être entreprise pour aucun autre motif que l'intérêt personnel.

Dans *CCH*, la Cour a appliqué un critère relativement peu strict au premier volet, de sorte que le grand branle-bas analytique n'intervient qu'au second volet, celui de la détermination du caractère équitable. Prétendre comme le fait la SOCAN que la recherche ne s'entend que de la création d'œuvres nouvelles équivaut à confondre la notion de fin permise et l'analyse du caractère équitable et à resserrer indûment le passage menant à celle-ci.

En outre, lorsqu'elle définit la recherche comme comportant nécessairement une enquête systématique et des conclusions nouvelles, la SOCAN contredit sa deuxième prétention concernant l'interprétation du mot recherche, à savoir que c'est la fin poursuivie par le fournisseur de services en ligne, et non par le consommateur, qui doit être considérée. En effet, la définition qu'elle propose montre qu'elle conçoit la recherche comme une entreprise de l'utilisateur, puisque, de toute évidence, c'est lui, et non le fournisseur, qui fait l'enquête et tire les conclusions nouvelles. À la première étape de l'analyse relative au caractère équitable de l'utilisation, le bon angle n'est donc pas celui du fournisseur et de la fin qu'il poursuit lorsqu'il met les œuvres à disposition.

Cette conclusion est dans le droit fil de l'arrêt *CCH*, où la Cour voit dans l'utilisation équitable un droit des utilisateurs. Dans cette affaire, le fournisseur – la Grande bibliothèque – offrait un service de photocopie aux avocats qui souhaitaient obtenir copie de documents juridiques. La Cour a analysé la situation du point de vue non pas de la bibliothèque, mais de l'utilisateur, l'avocat, dont la fin poursuivie était la recherche juridique.

De même, afin de déterminer si, pour les besoins du premier volet de *CCH*, la fin qui sous-tend l'écoute préalable est la recherche, la Commission a tenu compte, avec raison, du point de vue de l'utilisateur ou de la fin que poursuit le consommateur. Sous cet angle, l'écoute préalable permet au consommateur d'effectuer une recherche pour choisir les pièces dont il fera l'achat.

Vient ensuite le deuxième volet, où il faut déterminer si, au regard des éléments énoncés dans l'arrêt *CCH*, l'écoute préalable constitue une utilisation équitable.

Le caractère équitable est une question de fait qui doit être tranchée à partir des circonstances de l'espèce. À la lumière de tous les éléments à considérer, la Commission a conclu, avec raison, que l'écoute préalable constituait une utilisation équitable.

Le premier élément énoncé dans *CCH* est le but de l'utilisation. Il s'agit de déterminer objectivement le but ou le motif réel de l'utilisation de l'œuvre protégée.

Cour Suprême du Canada

Cinq décisions de révision judiciaire (résumées dans le rapport annuel 2010-2011) qui ont fait l'objet d'appel à la Cour suprême du Canada ont été rendues en 2012-2013 :

***Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique c. Bell Canada* [Tarif 22.A de la SOCAN – Services de musique en ligne, 1996-2006]**

Motifs de jugement : La juge Abella (avec l'accord de la juge en chef McLachlin et des juges LeBel, Deschamps, Fish, Rothstein, Cromwell, Moldaver et Karakatsanis)

La SOCAN représente les compositeurs, les auteurs et les éditeurs de musique; elle gère leurs droits d'exécution et de communication. Bell Canada, Apple Canada Inc., Rogers Communications inc., *Rogers Wireless Partnership*, *Shaw Cablesystems G.P.* et Société TELUS Communications exploitent des services de musique en ligne; ils vendent des téléchargements d'œuvres musicales. Le consommateur peut, avant de décider d'acheter une œuvre ou non, en écouter gratuitement un extrait, en général de 30 à 90 secondes. La SOCAN demandait que l'écoute préalable de tels extraits soit assujettie au paiement de redevances.

Le 18 octobre 2007, la Commission a convenu que la SOCAN pouvait à bon droit percevoir des redevances pour le téléchargement d'œuvres musicales, mais pas pour l'écoute préalable. De l'avis de la Commission, l'écoute préalable ne violait pas le droit d'auteur car, compte tenu des éléments énoncés dans l'arrêt *CCH Canadienne c. Barreau du Haut-Canada* (*CCH*), il s'agissait d'une utilisation équitable aux fins de recherche en vertu de l'art. 29 de la *Loi*. La Cour d'appel fédérale a confirmé la décision de la Commission.

Le cadre établi dans *CCH* relativement à l'utilisation équitable comporte deux volets. Premièrement, l'utilisation a-t-elle pour but l'étude privée ou la recherche, les deux fins permises à l'art. 29? Deuxièmement, l'utilisation est-elle équitable?

Selon *CCH*, les six éléments suivants permettent de déterminer si une utilisation est équitable : le but, la nature et l'ampleur de l'utilisation; l'existence de solutions de rechange à l'utilisation; la nature de l'œuvre; et l'effet de l'utilisation sur l'œuvre. En l'espèce, en ce qui a trait au premier volet, le cadre établi dans *CCH* commande que l'on se demande si les extraits sont offerts à des fins de recherche.

Selon la SOCAN, la Commission et la Cour d'appel fédérale ont mal interprété le mot « recherche », et ce, sous deux rapports. Premièrement, elles ont opté pour une interprétation trop large du mot recherche. Deuxièmement, l'objet de la recherche aurait dû être considéré du point de vue du fournisseur de services en ligne, et non du consommateur. En effet, dans l'optique du premier, le but de l'écoute préalable n'est pas la recherche, mais bien la vente du téléchargement permanent de l'œuvre musicale.

Pour la SOCAN, la recherche devait s'entendre de l'enquête et de l'étude systématiques de documents et de sources en vue d'établir des faits et de tirer des conclusions nouvelles. En outre, la recherche devait avoir pour but la conception d'œuvres créatives, car seule l'utilisation qui contribue au processus de création est dans l'intérêt public.

Cour d'appel fédérale

Cinq demandes de révision judiciaire ont été déposées à la Cour d'appel fédérale en 2012-2013 :

- *Ré:Sonne c. Goodlife, et al.* (Dossier : A-353-12), à l'égard du tarif 6.B de Ré:Sonne (Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques, 2008-2012).
- *SRC c. SODRAC* (Dossier : A-516-12) et *Astral c. SODRAC* (Dossier : A-527-12), à l'égard des licences SODRAC c. SRC et SODRAC c. Astral.

  La Cour d'appel fédérale a rendu des décisions interlocutoires dans ces affaires, comme suit :

  Le 12 février 2013, la Cour d'appel fédérale a ordonné que les deux demandes soient consolidées. Le 18 février 2013, la SRC et Astral ont déposé une requête demandant à la Cour de surseoir à la décision de la Commission du 2 novembre 2012. Le 28 février 2013, la Cour a ordonné le sursis de la décision du 2 novembre et des licences délivrées en vertu de cette décision. Appliquant le test élaboré par la Cour suprême dans l'arrêt *RJR-Macdonald*, la Cour a jugé que les demandes de contrôle judiciaire soulevaient une question sérieuse, que la SRC et Astral subiraient un préjudice irréparable si la demande de sursis ne leur était pas accordée et que la SODRAC ne subirait aucun inconvénient sérieux si la demande de sursis était accordée. La Cour a également ordonné que soient prolongées, à compter du 3 novembre 2012, les licences provisoires qui s'appliquaient jusqu'à ce que la décision du 2 novembre 2012 soit rendue, et ce jusqu'à ce qu'une décision finale soit rendue quant aux demandes de contrôle judiciaire.

- *ACDEF c. SODRAC* (Dossier : A-525-12), à l'égard du Tarif 5 de la SODRAC (Reproduction d'œuvres musicales dans des œuvres cinématographiques pour usage privé ou en salle, 2009-2012).

  Le 5 février 2013, la Cour ordonnait le sursis de la décision pour une période de six mois, dans l'attente que la Commission rende sa décision sur le réexamen de l'affaire. Cette décision a été rendue le 5 juillet 2013.

- *SRC c. SODRAC* (Dossier : A-63-13), à l'égard d'une décision provisoire portant sur une licence SODRAC v. SRC.

  Le 28 février 2013, la Cour a ordonné le sursis de la décision du 16 janvier jusqu'à ce qu'une décision finale soit rendue. Le 20 mars 2013, la Cour a également ordonné que le dossier soit consolidé avec les dossiers A-516-12 et A-527-12.

Une autre demande de révision judiciaire a fait l'objet d'une décision par la Cour fédérale d'appel en 2012-2013 :

- *Montage Management Inc. c. Ré:Sonne* (Dossier : A-73-12), à l'égard du tarif 6.A de Ré:Sonne (Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités de danse, 2008-2012) – Demande de modification.

  Le 21 septembre 2012, la Cour a publié un avis requérant que le demandeur signifie et dépose, dans un délai de 30 jours, les raisons pour lesquelles l'affaire ne devrait pas être annulée à cause de retard. Le demandeur ne s'étant pas conformé à l'avis, la demande pour contrôle judiciaire a été rejetée.

Titulaires de droits d'auteur introuvables



L'article 77 de la *Loi* donne à la Commission le pouvoir de délivrer des licences pour autoriser l'utilisation d'œuvres publiées, de fixations de prestations, d'enregistrements sonores publiés ou de la fixation d'un signal de communication lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable. La *Loi* exige cependant des requérants qu'ils aient fait des efforts raisonnables pour retrouver le titulaire du droit d'auteur. Les licences délivrées par la Commission sont non exclusives et valides seulement au Canada.

Au cours de l'exercice financier 2012-2013, 24 demandes de licences ont été déposées auprès de la Commission et les huit licences suivantes ont été délivrées :

- Éditions du Quartz, Rouyn-Noranda (Québec), pour la reproduction et la réédition sur support papier du texte d'un livre;
- La Presse Télé III ltée, Montréal (Québec), pour la synchronisation, la reproduction et la communication au public par télécommunication d'un extrait d'une chanson;
- Bibliothèque et Archives nationales du Québec (BAnQ), Montréal (Québec), pour la reproduction et la communication au public par télécommunication d'affiches, de périodiques et de monographies;
- *Canadian Institute of Natural and Integrative Medicine (CINIM)*, Calgary (Alberta), pour la reproduction numérique et la communication au public par télécommunication de deux blagues;
- *Frontier School Division*, Winnipeg (Manitoba), pour la reproduction mécanique et l'exécution publique d'une œuvre musicale;
- Éditions du Quartz, Rouyn-Noranda (Québec), pour la reproduction et la réédition sur support papier du texte d'un livre; (Renouvellement)
- Office national du film du Canada, St-Laurent (Québec), pour la reproduction et la communication au public par télécommunication d'une photographie dans un film documentaire;
- *Canada's History Society*, Winnipeg (Manitoba), pour la reproduction, la mise à disposition et la communication au public par télécommunication de trois peintures.



Copie pour usage privé



Arrière-plan

Le régime de copie privée permet la copie pour usage privé d'enregistrements sonores d'œuvres musicales (la « copie privée »). En échange, on exige de ceux qui importent ou fabriquent des supports habituellement utilisés pour faire de la copie privée qu'ils versent une redevance sur chacun de ces supports. La Commission fixe le montant de la redevance et désigne l'unique société de perception à laquelle ces montants sont versés. Les redevances sont versées à la Société canadienne de perception de la copie privée (SCPCP), au bénéfice des auteurs, artistes-interprètes et producteurs admissibles.

Le régime est universel; tous les importateurs et fabricants paient la redevance. Cependant, pour tenir compte du fait que plusieurs supports servent à autre chose que la copie privée, la redevance est diminuée proportionnellement pour refléter ces autres utilisations des supports.

Dépôt de projets de tarifs

Aucun tarif n'a été déposé en 2012-2013.

Audiences

La Commission a tenu une audience (les 9 et 10 octobre 2012) portant sur la question des redevances de copie privée pour les années 2012 à 2014 à l'égard des CD, et sur la question de savoir si les cartes microSD se qualifient comme support audio.

Décisions

Aucune décision n'a pas été rendue au cours de l'exercice financier.

Retransmission de signaux éloignés



Arrière-plan

La *Loi* prévoit le versement de redevances par les câblodistributeurs et autres retransmetteurs pour la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio. La Commission fixe les redevances et les répartit entre les sociétés de gestion représentant les titulaires de droits d'auteur dans les œuvres ainsi retransmises.

Dépôt de projets de tarifs

Pendant l'exercice financier, des tarifs ont été déposés pour la retransmission de signaux éloignés de radio et de télévision, pour les années 2014 à 2018.

Audiences

Aucune audience n'a eu lieu en 2012-2013.

Décisions

La Commission a rendu une décision pendant l'exercice financier, comme suit :

Le 21 décembre 2012 – Tarif provisoire pour la retransmission de signaux éloignés de télévision à compter du 1er janvier 2013

Le 20 décembre 2010, les neuf sociétés de gestion collective en retransmission et les retransmetteurs qui s'étaient opposés au projet de tarif s'entendaient sur le montant des redevances devant être payées en vertu du tarif 2009-2013. Le 9 novembre 2012, les sociétés de gestion s'entendaient sur la répartition de ces redevances.

Le 14 décembre 2012, l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens (ADRRC) et la Société collective de retransmission du Canada (SCR) demandaient à la Commission de rendre une décision provisoire afin :

- d'approuver les redevances aux taux convenus entre les sociétés de gestion collective et les opposants retransmetteurs;
- d'approuver la répartition des redevances convenue entre les sociétés de gestion collective;
- d'ordonner aux retransmetteurs de payer les sociétés de gestion collective en conformité avec les taux et la répartition convenus à compter du 1er janvier 2013;
- de mettre en branle un processus devant mener à la résolution des enjeux devant être réglés avant qu'un tarif définitif puisse être émis.

Ces enjeux consistaient à déterminer si l'intérêt devait être payable sur les paiements entres les sociétés de gestion, et comment seraient arbitrés les désaccords.

La Société de perception de droit d'auteur du Canada (SPDAC) et l'Association du droit de retransmission canadien (ADRC) se sont opposées à la demande. Elles soutenaient que l'ADRRC et la SCR cherchent à modifier l'entente de répartition en demandant à la Commission de finaliser un élément (répartition) mais non un autre (intérêts sur la réallocation de redevances). Elles demandaient que l'entente de répartition soit abordée comme un tout et que la répartition actuelle continue de s'appliquer jusqu'à ce que toutes les questions en suspens soient résolues.

La Commission a trouvé que cette opposition était mal fondée car la décision provisoire ne présume pas de la façon dont la décision finale tranchera. La décision provisoire a homologué l'entente sur les taux de 2010 et l'entente sur la répartition de 2012.

Droits éducatifs



Arrière-plan

Les articles 29.6, 29.7 et 29.9 de la *Loi* sont entrés en vigueur le 1er janvier 1999. Depuis cette date, les établissements d'enseignement et les personnes agissant sous leur autorité peuvent, sans l'autorisation du titulaire du droit d'auteur, reproduire des émissions lors de leur communication au public et présenter ces exemplaires devant un auditoire formé principalement d'élèves. En bref, les établissements peuvent reproduire une émission d'actualités et un commentaire d'actualités, conserver la copie et l'exécuter en public pendant un an sans avoir à payer de redevances; à l'expiration de cette période, ils doivent acquitter les redevances et respecter les modalités fixées par la Commission du droit d'auteur dans un tarif. Les établissements peuvent aussi reproduire d'autres émissions et objets de droit d'auteur et en conserver un exemplaire pendant trente jours aux fins d'en déterminer la valeur du point de vue pédagogique; s'ils conservent l'exemplaire plus longtemps ou s'ils le présentent à un moment quelconque, ils doivent acquitter les redevances et respecter les modalités fixées par la Commission dans un tarif.

Dépôt de projets de tarifs

Aucun projet de tarif n'a été déposé en 2012-2013.

Audiences

Aucune audience n'a eu lieu en 2012-2013.

Décisions

La Commission n'a pas rendu une décision au cours de l'exercice financier.

licence générale au stade provisoire pourrait entraîner des coûts additionnels pour les parties et qu'il pourrait être impossible d'y remédier advenant que la Commission donne raison à la SODRAC dans sa décision finale. Par ailleurs, et contrairement à ce que la SRC prétend, la SODRAC soulignait qu'il n'est pas impossible que le montant total des redevances puisse en fait augmenter.

Les redevances provisoires pour la vente ou concession en licence d'émissions ont été maintenues à celles prévues dans la licence 2008-2012, puisque la SRC y consentait. Par ailleurs, la redevance provisoire nominale prévue dans la licence provisoire délivrée le 30 avril 2012 pour la chaîne Explora a été maintenue. Restaient deux catégories d'activités de la SRC qui faisaient l'objet de divergences importantes entre les parties quant à la façon d'en disposer : les activités de reproduction accessoire (radiodiffusion, télévision, Internet) et les activités de synchronisation de la SRC.

Dans le contexte d'une demande de décision provisoire, le *statu quo*, c'est l'état des rapports qui existent entre les parties, que ce rapport soit récent ou non. La licence 2008-2012 représentait le *statu quo* au moment de la demande. Restait à déterminer si la licence devrait continuer de gouverner les rapports entre les parties, ou s'il y avait lieu de procéder à certains ajustements.

Il revient à l'utilisateur qui invoque une exception ou un « droit » d'établir, à partir d'éléments de preuve, qu'il peut s'en prévaloir, ce qui se fait plus commodément au stade de l'examen au fond qu'à un stade provisoire. L'interprétation que la SRC offrait de certaines des dispositions qu'elle invoque était loin d'être évidente. Enfin, compte tenu de ce que la Commission connaissait des pratiques de l'industrie, il n'est pas certain que la SRC soit toujours en mesure de se prévaloir des exceptions invoquées pour l'ensemble de ses activités de reproduction.

Par conséquent, à l'égard des reproductions accessoires, la Commission a prorogé à titre provisoire la licence 2008-2012.

Le fait que la SRC entendait modifier ses façons de faire n'est aucunement garant de ce qui se produira dans les faits. La Commission ne disposait d'aucune preuve pour quantifier l'ampleur et l'impact de ces changements potentiels sur l'utilisation du répertoire de la SODRAC. Une décision provisoire se fonde non pas sur ce qui pourrait être éventuellement, mais sur ce qui est certain maintenant.

La Commission a considéré plusieurs façons de procéder pour ce qui est des activités de synchronisation. La façon qu'elle a choisie consiste à maintenir la licence forfaitaire de synchronisation à un taux escompté. Cette façon de procéder comporte plusieurs avantages. Elle communique une intention ferme de la part de la Commission d'envisager, sinon d'encourager, la libération des droits pertinents sur une base transactionnelle. Elle maintient essentiellement en état la SODRAC pour la durée du débat. Elle ne requiert pas la mise en place de nouveaux mécanismes administratifs, du moins pour l'instant, tout en communiquant clairement à la SRC la nécessité de préserver les données qui pourraient être nécessaires à l'établissement d'un régime de licences transactionnelles. Elle donne à la SRC l'occasion et la raison d'ajuster ses pratiques comme elle prétend devoir faire. La Commission était d'avis qu'un escompte de 20 pour cent remplissait ces objectifs dans le cas présent.

[NOTE : Cette décision fait en ce moment l'objet d'une demande en révision judiciaire déposée par la SRC (Dossier : A-63-13).]

pour toutes ses utilisations du répertoire de la SODRAC en 2008, à l'exclusion des ventes d'émissions aux consommateurs et de la concession en licence d'émissions de la SRC à des tiers télédiffuseurs et transporteurs. Pour Astral, la Commission a estimé que les redevances payables pour 2008 sont de 370 000 $.

[NOTE : Cette décision fait en ce moment l'objet de deux demandes en révision judiciaire : une déposée par la SRC (Dossier : A-516-12) et l'autre par Astral (Dossier : A-527-12).]

Le 16 janvier 2013 – SODRAC c. SRC/CBC – Décision provisoire

Cette décision disposait de la demande de licence provisoire de la SODRAC visant l'utilisation de son répertoire par la SRC.

Le 26 mars 2012, la SODRAC demandait à la Commission de fixer, de façon provisoire puis finale, les modalités d'une licence autorisant la SRC à reproduire les œuvres du répertoire de la SODRAC entre le 1er avril 2012 et le 31 mars 2016. La demande visait également la chaîne Explora.

La SODRAC proposait que la licence provisoire délivrée le 31 mars 2009 soit prorogée jusqu'à ce que la Commission rende une décision finale dans la demande d'arbitrage de la SODRAC pour une licence pour la période du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012. Le 30 avril 2012, la Commission faisait droit à la demande et établissait une redevance provisoire de 1 $ par mois pour la chaîne Explora.

Le 2 novembre 2012, la Commission rendait sa décision finale sur la demande de licence du 14 novembre 2008 (la « licence 2008-2012 »). Le lendemain, la SODRAC demandait à la Commission qu'à compter du 3 novembre 2012, la licence 2008-2012 gouverne à titre provisoire ses rapports avec la SRC jusqu'à ce que la Commission dispose au fond de la demande de la licence pour la période 2012-2016. La demande proposait l'ajout d'une redevance provisoire de 1 $ par mois pour les activités reliées à la chaîne Explora, qui n'était pas visée par la licence 2008-2012.

La SRC prétendait que la licence 2008-2012 ne représente aucunement le *statu quo*, et ce pour trois motifs. Premièrement, la licence 2008-2012 a imposé une augmentation rétroactive importante. Invoquant sa situation financière difficile, la SRC prétendait qu'elle est contrainte de revoir immédiatement ses façons de faire et d'ajuster son fonctionnement, notamment en procédant désormais à la libération sur une base transactionnelle des droits de reproduction à des fins de synchronisation. Deuxièmement, la jurisprudence sur le droit d'auteur a évolué. Notamment, la décision *SOCAN c. Bell Canada* de la Cour suprême a clarifié le droit d'utilisation équitable au Canada, ce qui a des conséquences importantes sur le présent dossier. Troisièmement, la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* est entrée en vigueur le 7 novembre dernier. Cette loi, particulièrement les nouveaux articles 29.24 et 30.71 et l'article 30.9 tel que modifié, a aussi des conséquences importantes pour le dossier à l'étude.

La SODRAC soutenait qu'il n'y a aucun préjudice pour quiconque à ce que les taux et conditions de la licence 2008-2012 soient applicables provisoirement. La SRC demeure libre de modifier ses pratiques pour chercher à libérer les droits sur une base transactionnelle. Un rajustement pourra être fait dans la licence finale si la SRC est en mesure de prouver les changements dans son utilisation réelle du répertoire de la SODRAC. La SODRAC soutenait également que l'élimination de la

productions et ses coproductions au cours d'une année et de la multiplier par le prix fixé pour chaque catégorie. La Commission a estimé que cette approche transactionnelle fournit la meilleure estimation des redevances.

Puisqu'elle s'appuie sur l'utilisation réelle du répertoire par la SRC, il est possible de la rajuster en fonction des habitudes de consommation de musique de la SRC. Elle applique aussi des prix différents pour les œuvres préexistantes et les œuvres de commande, comme c'est le cas dans le marché existant et donne des résultats suffisamment fiables et équitables. Les taux qu'elle a homologués sont montrés au tableau qui suit.

Services audio et télévision sur Internet

L'entente CMRRA-SRC radio fixe à quatre pour cent des redevances applicables à la radio conventionnelle les redevances pour la diffusion simultanée et la transmission en continu, et à trois pour cent pour la baladodiffusion, soit une redevance supplémentaire totale de sept pour cent pour l'Internet. La SODRAC a proposé d'utiliser les taux de sept pour cent pour l'audio et quatre pour cent pour la télévision. La SRC n'a proposé aucune redevance, affirmant que les copies Internet ont peu de valeur et que les services audio et audiovisuels utilisent uniquement de la musique appartenant à des personnes qui ne sont pas membres de sociétés de gestion. La Commission a déjà conclu que les copies requises pour faciliter le recours aux nouveaux modes de livraison appellent à une rémunération. Selon la Commission, le prix qui figure dans l'entente CMRRA-SRC radio est un point de référence aussi fiable pour l'Internet que pour la radio conventionnelle. La Commission a homologué les taux tels que proposés par la SODRAC.

Vente d'émissions aux consommateurs pour usage privé (DVD et téléchargements)

En ce qui a trait aux copies de DVD, la SRC a demandé le *statu quo* alors que la SODRAC a proposé une augmentation de 57 pour cent, sans aucune donnée à l'appui. La Commission a préféré utiliser les taux existants, rajustés en fonction de l'inflation.

À l'égard des ventes en ligne, la SODRAC a proposé d'appliquer le même taux que pour les ventes de DVD. D'après sa compréhension du marché, la SRC a affirmé que les redevances pour les ventes en ligne devraient être moins élevées que pour les DVD. Vu l'absence de preuve, la Commission a estimé qu'il n'y a aucune raison de traiter de façon différente ces types de ventes.

Vente ou concession en licence d'émissions de la SRC à des tiers télédiffuseurs et transporteurs

La SODRAC a proposé d'appliquer à la vente ou à la concession en licence d'émissions à des tiers télédiffuseurs et transporteurs la même redevance que celle fixée par la Commission en 2000 pour MusiquePlus, soit trois pour cent des revenus, ajusté en fonction de l'utilisation réelle du répertoire dans l'émission visée. La SRC a plutôt proposé de s'en remettre à une entente récente entre la SODRAC et un télédiffuseur québécois qui ne paie pas de redevances additionnelles pour de telles copies. L'entente que la SRC a invoquée n'est pas une mesure fiable et semblait anormale. Par contre, le taux établi dans *MusiquePlus (2000)* était à première vue raisonnable. Les redevances ont donc été établies à trois pour cent des revenus, ajustées en fonction du répertoire.

La Commission a estimé à 2,3 millions de dollars le montant que la SRC devra verser



Éléments de la licence	Taux pour la SRC	Taux pour Astral
Copies accessoires de radiodiffusion		
2008	174 476 $	
2009	177 251 $	
2010	180 955 $	
2011	184 574 $	
2012	0,1065 x redevances SOCAN 2012	
Copies accessoires de télédiffusion	**Télévision conventionnelle** 14,478 % des redevances de la SOCAN **RDI** 0,217 % des revenus bruts **News Network** 0,093 % des revenus bruts **Bold** 0,253 % des revenus bruts **Documentary Channel** 0,347 % des revenus bruts	En % des revenus bruts : VRAK.TV : 0,296 % Canal D : 0,168 % Canal Vie : 0,130 % Ztélé : 0,085 % Historia : 0,113 % Séries+ : 0,163 % *Teletoon* (anglais) : 0,114 % Télétoon (français) : 0,125 % *Teletoon Retro* (anglais) : 0,0004 % Télétoon Rétro (français) : 0,002 %
Synchronisation (par année)		
Œuvres musicales préexistantes	581 749 $	
Œuvres musicales de commande	250 730 $	
Internet		
Audio (services Internet et baladodiffusion)	4 % + 3 % des redevances applicables à la radio conventionnelle	
Télévision	4 % des redevances applicables à la télévision	4 % des redevances applicables à la télévision
Vente d'émissions aux consommateurs pour usage privé (par minute)		
Musique de premier plan		
15 premières minutes	1,44 ¢	
15 minutes suivantes	0,87 ¢	
Par la suite	0,52 ¢	
Musique de fond		
15 premières minutes	0,58 ¢	
15 minutes suivantes	0,35 ¢	
Par la suite	0,21 ¢	
Vente ou concession d'émissions à des télédiffuseurs et transporteurs	3 % des revenus, ajusté en fonction du répertoire	

pour le droit de reproduction au tiers des redevances de communication, avant ajustement de répertoire, soit 170 986 $ par année. La SRC a soutenu que cette approche entraînerait des augmentations qui ne cadrent pas avec l'évolution historique des redevances versées à la SOCAN. La Commission a estimé qu'il n'y avait aucune raison d'ignorer l'entente CMRRA-SRC radio, le meilleur point de comparaison disponible en l'espèce. La Commission a utilisé cette entente pour valider le rapport de 3,2 à 1 utilisé dans *Radio commerciale (2010).*

Copies accessoires de télédiffusion

Astral et la SRC réclamaient des redevances nulles ou très faibles en se fondant sur l'hypothèse qu'elles n'ont pas besoin de licence pour ce genre de copies. MM. Wall et Lefebvre ont ainsi proposé que le prix d'une licence pour les copies accessoires de diffusion d'Astral corresponde au plus à 5 pour cent de la valeur totale des licences obtenues par les producteurs dont les émissions sont diffusées sur les chaînes Astral. La Commission n'était pas de cet avis puisque la licence libre de tous droits n'est pas aussi répandue dans le marché que les opposantes l'affirmaient.

S'appuyant sur le témoignage de M. Murphy selon lequel l'utilisation de copies à la radio et à la télévision est essentiellement la même, la SODRAC a soutenu qu'une analyse de ratios qui est valable pour la radio de la SRC l'est également pour la télévision de la SRC et que toute analyse de ratios qui est valable pour la télévision de la SRC l'est également pour Astral. Cela a amené la SODRAC à proposer des redevances de 1 069 078 $ pour les copies accessoires de télédiffusion conventionnelle et de 0,63 pour cent des revenus bruts, ajusté pour tenir compte de l'utilisation du répertoire, pour la télévision spécialisée. La Commission s'est dite d'accord avec la SODRAC et a appliqué à la télévision le même ratio que pour la radio. Elle a homologué les taux indiqués dans le tableau qui suit.

Synchronisation

Pour la synchronisation par la SRC d'œuvres musicales dans les productions internes et les coproductions, la SODRAC a proposé des redevances de 1 381 248 $ pour la télévision conventionnelle, 0,393 pour cent des revenus bruts pour RDI et 0,124 pour cent des revenus bruts pour *News Network*. Pour établir ces taux, la SODRAC a utilisé le ratio de 1,9 qui existe entre le téléchargement permanent et la transmission sur demande et l'a appliqué au taux pour les copies accessoires afin d'obtenir le taux pour les reproductions liées à la synchronisation.

MM. Wall et Lefebvre ont contesté cette approche, soutenant qu'il est incongru d'établir la valeur d'un droit principal en fonction d'un droit accessoire. De plus, les similitudes entre la musique en ligne et la télévision sont loin d'être évidentes. La SRC a plutôt proposé d'utiliser l'entente de 1992 comme point de départ. Subsidiairement, la SRC a proposé d'utiliser les licences générales de synchronisation convenues entre la SODRAC et certains télédiffuseurs pour établir des redevances comparables pour une licence libre de tous droits. En accord avec la SODRAC, la Commission a conclu que cette approche ne tenait pas compte des écarts quant aux revenus et à l'importance de l'exploitation et supposait des utilisations identiques des répertoires pertinents. Elle supposait, à tort, que chaque télédiffuseur produit certaines émissions à l'interne.

La SRC a finalement proposé de déterminer la quantité en secondes de musique préexistante et de commande utilisée dans le répertoire de la SODRAC pour ses

général, et la SODRAC en particulier. Dans la mesure où les pratiques de la SODRAC en matière d'octroi de licences sont cohérentes et importantes sur le marché pertinent, la Commission ne peut simplement les écarter au motif qu'elles seraient anormales. Le dossier en l'espèce a confirmé que les pratiques en matière d'octroi de licences pour l'utilisation de musique dans des œuvres audiovisuelles sont beaucoup plus complexes et variées que ne le laissent entendre les parties. Règle générale, un producteur négocie ses licences de synchronisation à la pièce. Les pratiques varient selon le marché.

La Commission n'a pas estimé que l'octroi de licences libres de tous droits en général, et des licences définitives en particulier, constituait la pratique dominante dans le reste du Canada. La Commission a examiné le grand nombre de licences signées par la SODRAC et d'autres titulaires de droits qui ont été déposées dans le cadre de l'instance et a conclu que les licences définitives ne constituent pas le modèle dominant au Canada et que les licences de la SODRAC ne sont pas ambiguës. Cette société a délivré très peu, s'il en est, de licences libres de tous droits. De plus, lorsqu'une licence de la SODRAC autorise l'utilisateur à autoriser les copies faites par un tiers, cet utilisateur est presque toujours le télédiffuseur, pas le producteur.

Fixation des redevances

Lors de la fixation des redevances, la Commission a d'abord statué sur certaines propositions générales. Premièrement, lorsque les nouvelles technologies supposent l'utilisation de copies supplémentaires, certains des avantages associés à ces technologies doivent se refléter dans la rémunération découlant de ces copies accessoires supplémentaires. Deuxièmement, la Commission ne peut statuer que sur la relation qu'établira la licence entre la SOCRAC et la SRC ou Astral. La Commission ne peut pas imposer à la SODRAC ou aux producteurs une façon d'interagir, encore moins influencer la manière dont les producteurs traitent avec les titulaires autres que la SODRAC. Troisièmement, les producteurs devraient être libres de décider s'ils souhaitent offrir un service clé en main pour les œuvres audiovisuelles à l'égard desquelles ils octroient une licence, ou s'ils souhaitent payer uniquement pour les droits qu'ils utilisent. Le mieux que la Commission a pu faire a été de structurer la licence du télédiffuseur de sorte que celui-ci ne soit pas tenu de verser des redevances lorsque le producteur est en mesure de lui fournir l'autorisation requise.

La SODRAC ne représente pas toute la musique protégée. Il a fallu procéder à un ajustement de répertoire pour le taux de redevance pour les copies accessoires de radiodiffusion. La SODRAC a effectué une analyse détaillée et a conclu que son répertoire représente 34,5 pour cent de la musique diffusée à la radio. La SRC a proposé d'utiliser plutôt un taux de 33 pour cent, puisque l'entente CMRRA-SRC radio dispose que le répertoire de la CMRRA représente 67 pour cent de la musique diffusée. Le pourcentage porté à l'entente est approximatif. La Commission a adopté l'analyse, plus transparente et exacte, de la SODRAC.

Copies accessoires de radiodiffusion

S'appuyant sur le témoignage de MM. Wall et Lefebvre, la SRC a proposé d'utiliser l'entente de 1992 comme point de départ. La SODRAC n'était pas d'accord, entre autres parce qu'aucune des parties n'avait à l'époque de renseignements à propos de l'utilisation du répertoire de la SODRAC. La SODRAC a proposé d'utiliser l'approche de l'entente CMRRA-SRC radio et d'établir les redevances

La SODRAC a proposé de calculer les redevances pour les copies accessoires de diffusion et les copies de synchronisation à l'aide de ratios qu'elle obtient en se fondant sur des décisions antérieures de la Commission et sur des contrats de licence existants.

La SRC et Astral ont soutenu qu'il existait déjà un marché opérationnel, puisque les producteurs qui synchronisent la musique dans une œuvre audiovisuelle obtiennent des licences libres de tous droits. La SRC a admis qu'elle avait besoin d'une licence de synchronisation de la SODRAC pour ses productions internes et coproductions télévisuelles ainsi que pour ses activités liées à la radio. Cette licence devrait être une licence libre de tous droits, reflétant ainsi les pratiques du marché. Astral a soutenu qu'elle n'avait pas besoin de licence. Elle demandait que les redevances liées à sa licence soient nulles ou très faibles et qu'elles comprennent toutes les utilisations Internet.

La preuve de la SODRAC reposait principalement sur le témoignage de deux experts. M. Michael Murphy a décrit les systèmes de gestion de contenu numérique utilisés par la SRC et Astral. À son avis, la radio et la télévision utilisent des technologies semblables ou identiques; leur utilisation du droit de reproduction et la nature des activités de copie sont comparables. M. Marcel Boyer a commenté l'utilisation de ratios par la Commission pour établir ses tarifs. Il convient selon lui d'utiliser des ratios pour saisir l'intensité et l'importance relatives des utilisations, qu'il s'agisse du même droit dans des marchés distincts ou de droits distincts dans le même marché. L'examen des décisions antérieures de la Commission a mené M. Boyer à conclure qu'elle privilégie en général un rapport de 3 à 1 entre le principal et l'accessoire, rajusté en fonction des conditions du marché.

La SRC et Astral ont affirmé que, selon la pratique courante en matière d'octroi de licences pour la musique utilisée dans les œuvres audiovisuelles, le producteur obtient une licence définitive, que les pratiques de la SODRAC en matière d'octroi de licences ne concordent pas avec celles dans le reste du secteur et que les copies accessoires de diffusion font partie des activités de télédiffusion. Les diffuseurs s'attendent à ce que le producteur obtienne les autorisations nécessaires lorsqu'il affranchit les droits de synchronisation.

MM. Gerry Wall et Bernie Lefebvre, deux experts de la SRC et Astral, ont conclu que les droits pour les copies accessoires de diffusion, s'ils sont fixés, devraient être symboliques pour tenir compte de leur faible valeur inhérente et pour éviter de décourager l'adoption des nouvelles technologies et qu'il est possible de fixer des droits de licence de synchronisation libre de tous droits d'après les taux du marché, rajustés en fonction des conditions du marché.

Analyse de la Commission

La Commission a noté que le titulaire de droits est libre de structurer ses rapports avec les utilisateurs comme bon lui semble. Par contre, le titulaire qui demande à une société de gestion de gérer ses droits n'est plus libre de les négocier comme bon lui semble. Dès que la Commission détermine les modalités d'une licence, l'utilisateur concerné peut exiger que la société de gestion traite avec lui en conséquence. Enfin, la Commission ne peut imputer une responsabilité lorsque la *Loi* ne le fait pas ou dégager une responsabilité qui existe.

La Commission a également examiné comment sont conçues et octroyées les licences de synchronisation par les titulaires de droits en

vide juridique. Elle serait prématurée parce que les parties ne peuvent négocier une licence pour la période débutant le 1er avril 2012 tant qu'une décision dans l'affaire en délibéré n'a pas été rendue.

La Commission a abondé dans le sens de la SODRAC. La demande n'est pas prématurée. Les conditions prévues à l'article 70.2 de la *Loi* sont remplies. La demande n'est pas non plus sans objet. La décision provisoire de mars 2009 prévoit certes qu'elle s'applique jusqu'à ce que la Commission tranche l'affaire en délibéré. Cette dernière vise une période prenant fin le 31 mars 2012. Cette période est expirée. Il est donc possible, sinon probable, que la licence provisoire de mars 2009 soit sans effet.

La demande à l'égard d'Explora a été accordée, vu le consentement de la SRC, à un taux de 1 $ par mois.

Le 2 novembre 2012 – SODRAC c. SRC/CBC et SODRAC c. Astral

Deux licences ont été délivrées dans le cadre de cette affaire :

- Une licence pour la reproduction des œuvres musicales du répertoire de la SODRAC par la SRC du 14 novembre 2008 au 31 mars 2012.
- Une licence similaire pour les chaînes spécialisées de Les Chaînes Télé Astral autres que MusiquePlus, MusiMax et *Teletoon Inc.* (Astral) du 19 décembre 2008 au 31 août 2012.

L'arbitrage relatif à la SRC portait sur toutes les reproductions d'œuvres musicales effectuées dans le cadre de ses opérations de télévision, de radio et d'Internet. L'arbitrage avec Astral portait uniquement sur les copies effectuées dans le cadre des opérations de télévision spécialisée et d'Internet du groupe, ses opérations radio n'étant pas en cause.

Jusqu'au 31 mars 2009, deux ententes régissaient les relations entre la SODRAC et la SRC. La première, conclue en mars 1992, autorisait l'utilisation du répertoire de la SODRAC à la radio, à la télévision et pour certaines fins accessoires (« l'entente de 1992 »). La seconde, conclue en octobre 2002, autorisait l'utilisation du même répertoire dans des produits dérivés, comme les DVD (« l'entente de 2002 »). Les parties ont renouvelé les deux ententes jusqu'à ce que la Commission délivre une licence provisoire pour la SRC le 31 mars 2009.

Aucune entente similaire n'était en vigueur entre Astral et la SODRAC. La Commission a également délivré une licence provisoire pour Astral le 14 décembre 2009.

La Commission a regroupé l'examen de ces deux arbitrages et celui du tarif 5 (Reproduction d'œuvres musicales dans des œuvres cinématographiques pour usage privé ou en salle) de la SODRAC. *[La décision qui a été rendue fait l'objet d'un sommaire dans la section de ce rapport à l'égard du régime général.]* Les audiences ont commencé le 1er juin 2010 et ont duré 13 jours.

Selon la SODRAC, les licences de synchronisation qu'elle accorde aux producteurs n'autorisent pas les copies en aval. En conséquence, Astral et la SRC ont besoin de licences pour toute copie accessoire de diffusion qu'elles effectuent. La SRC a également besoin d'une licence pour la création, l'utilisation, la distribution et la commercialisation de ses productions internes et de ses coproductions.

Procédures d'arbitrage



En vertu de l'article 70.2 de la *Loi*, la Commission a le pouvoir d'établir les redevances et modalités afférentes à une licence permettant l'utilisation du répertoire d'une société de gestion visée à l'article 70.1, en cas de mésentente entre cette société et un utilisateur et à la demande de l'un d'eux.

En 2012-2013, la Commission n'a tenu aucune audience liée à une demande d'arbitrage.

Demandes

En 2012-2013, la Commission a été saisie d'une demande d'arbitrage, comme suit :

Le 4 février 2013 – Demande d'arbitrage entre la SODRAC et Astral pour une licence finale pour la période du 1er septembre 2012 au 31 août 2016.

Décisions

La Commission a rendu trois décisions au cours de l'exercice financier, comme suit :

Le 30 avril 2012 – SODRAC c. SRC (bornes interactives, Explora, licence générale, 2012-2016) – Décision provisoire

Cette décision a disposé de toutes les demandes en instance de licences provisoires de la SODRAC visant l'utilisation de son répertoire par la SRC pour les bornes interactives, le service Explora, et toute autre utilisation du répertoire de la SODRAC.

Le 16 décembre 2011, la SODRAC demandait à la Commission d'établir les modalités d'une licence provisoire puis finale pour la reproduction des œuvres musicales de son répertoire par la SRC dans huit bornes interactives. Ces bornes, installées à travers le Canada et accessibles du 31 octobre 2011 au 28 mars 2012, présentaient au public des photos, vidéos et des moments musicaux extraits des archives de Radio-Canada pour accompagner le lancement d'un coffret CD célébrant le 75e anniversaire de la SRC. La SODRAC demandait une redevance provisoire de 1 $ par œuvre faisant partie du répertoire de la SODRAC, puisque les parties n'auraient pas raisonnablement pu prévoir cette activité au moment où la SODRAC et la SRC ont convenu d'une première licence en 1992. La SRC a soutenu que l'utilisation envisagée était déjà visée à l'alinéa 2e) de la licence provisoire de mars 2009, une disposition générale qui englobe toutes les activités de reproduction de la SRC qui ne sont pas expressément mentionnées dans les alinéas précédents. La Commission était d'accord avec la SODRAC et a accordé la demande de licence provisoire.

Le 26 mars 2012, la SODRAC demandait à la Commission de fixer, de manière provisoire puis finale, les redevances et modalités afférentes à une licence générale autorisant la SRC à reproduire les œuvres de son répertoire pour la période du 1er avril 2012 au 31 mars 2016. La demande visait aussi la chaîne Explora, à partir de sa mise en ondes le 28 mars 2012.

La SODRAC affirmait qu'une licence provisoire est nécessaire afin d'éviter un vide juridique après le 31 mars 2012. Elle proposait que la licence provisoire de mars 2009 soit prorogée à compter du 1er avril 2012, et jusqu'à ce que la Commission rende sa décision dans l'arbitrage pour la licence générale de 2008 à 2012. Par la suite, la SODRAC proposait que la licence finale pour 2008-2012 s'applique de façon provisoire. La SRC a soutenu que la demande est sans objet et prématurée. Elle serait sans objet parce que l'article 1 de la licence provisoire de mars 2009 prévoit déjà qu'elle s'applique jusqu'à ce que la Commission tranche l'affaire en délibéré; il n'y a donc pas

d'enseignement dans le cadre d'un examen ou d'un contrôle. Le paragraphe 29.4(3) prévoit que le paragraphe (2) ne s'applique pas si l'œuvre est accessible sur le marché sur un support approprié, aux fins visées par le paragraphe (2).

La *Loi* exigeait que la Commission décide si les œuvres étaient accessibles sur le marché et si elles l'étaient sur un support approprié. La Cour d'appel fédérale a conclu que la Commission a répondu à la première question, mais non à la deuxième. Restait donc uniquement à répondre à la deuxième.

Les opposants ont fait valoir que le paragraphe 29.4(3) vise à protéger les marchés existants. Pour qu'elle soit sur un support approprié, l'œuvre doit déjà être dans la forme physique que l'enseignant utilisera pour faire passer l'examen ou le contrôle (comme c'est le cas notamment des tests standardisés vendus aux établissements d'enseignement). L'autorisation légalement donnée de transférer une œuvre sur un support ne rend pas l'œuvre accessible sur ce support. Access a soutenu qu'une licence pour copier une œuvre sur un support rend l'œuvre accessible sur ce support; si le support sur lequel l'œuvre est copiée est approprié aux fins d'un examen ou d'un contrôle, la réserve s'applique.

La Commission a conclu que si le tarif autorise un établissement à copier une œuvre sur le support qui sera utilisé pour faire passer un examen ou un contrôle, cette œuvre est accessible « sur un support approprié, aux fins visées » dans le cadre de cet examen ou ce contrôle.

Interpréter le paragraphe 29.4(3) (et donc, par extension, le paragraphe 30.1(2)) comme le proposent les opposants rendrait superflu l'alinéa *b*) de la définition « accessible sur le marché ». Si une licence ne rend pas l'œuvre accessible sur aucun support, la condition relative au « support approprié » ne pourra jamais être remplie par la disponibilité d'une licence au sens de l'alinéa *b*). Access a soutenu qu'une licence permettant de copier une œuvre sur un support rend l'œuvre accessible sur ce support. Cette interprétation ne mène pas à des résultats absurdes; au contraire, c'est la seule qui donne un sens à l'alinéa *b*) de la définition « accessible sur le marché ». Une œuvre pour laquelle une licence peut être octroyée par une société de gestion est accessible sur un support approprié si, et seulement si, la licence autorise l'établissement ou l'enseignant à utiliser (copier, exécuter, communiquer) l'œuvre sur le support qui est approprié à l'examen ou au contrôle en question.

de reproduction protégées auxquelles les stations pourraient se livrer. Il pourrait en résulter l'homologation de redevances réduites ou d'un tarif à volets permettant à une station de payer plus ou moins (ou rien) selon son degré de conformité aux conditions que prévoient ces règles. La Commission a jugé qu'il est préférable de trancher la demande au fond en même temps que l'ensemble des projets de tarifs visant la radio commerciale, et non dans le cadre d'un processus visant uniquement à disposer des prétentions de l'ACR.

Selon la Commission, l'argumentation de l'ACR ne pouvait justifier une réduction de redevances pour l'ensemble de l'industrie que si toutes les stations opèrent de la même façon. De plus, la Commission a fait remarquer que l'ACR a toujours insisté pour qu'on morcelle le moins possible les procédures qui la concernent.

La Commission a décidé que la demande de modification devra être tranchée sur le fond et qu'il serait préférable de le faire en même temps que l'examen de l'ensemble des projets de tarifs visant la radio commerciale. La Commission a rendu provisoire, à compter du 7 novembre 2012, le tarif pour autant qu'il vise CSI. À tous autres égards, la demande de décision provisoire fut rejetée.

Le 18 janvier 2013 – Tarif d'Access Copyright (Établissements d'enseignement, 2005-2009) – Réexamen

Le 26 juin 2009, la Commission a exposé les motifs justifiant l'homologation du *Tarif Access Copyright pour les écoles élémentaires et secondaires, 2005-2009* (« tarif Access »). Les redevances étaient fixées à 5,16 $ par élève équivalent temps plein (ETP), calculées en fonction d'une enquête de volume menée par les parties. Parmi les quelque 246 millions de copies ayant servi à établir les redevances, 6 995 451 étaient liées aux examens du ministère et 16 861 583 constituaient des copies de la « catégorie 4 », c'est-à-dire lorsque l'enseignant les faisait de son propre chef, avec demande aux élèves d'en prendre connaissance.

Le contrôle judiciaire de cette décision à la Cour d'appel fédérale a été rejeté en partie. La demande d'autorisation d'en appeler a été accordée et l'appel a été entendu par la Cour suprême du Canada. *[Voir le sommaire de la décision de la Cour suprême dans la section de ce rapport à l'égard des instances judiciaires.]*

La Cour d'appel fédérale a renvoyé en partie la décision à la Commission pour qu'elle définisse le sens de l'expression « sur un support approprié, aux fins visées » que l'on trouve au paragraphe 29.4(3) de la *Loi* et décide si les copies d'examen répondent à la définition de cette expression. La Cour suprême du Canada a conclu que la Commission avait commis une erreur dans son application du principe de l'utilisation équitable aux copies de la catégorie 4 et a renvoyé l'affaire à la Commission pour qu'elle l'examine à nouveau.

Suite à la décision de la Cour suprême du Canada, la Commission a décidé le 19 septembre 2012, après avoir consulté les parties, qu'il suffisait de définir les conséquences qu'entraînerait la suppression des copies de la catégorie 4 du calcul du taux par élève ETP. Par conséquent, le taux par élève ETP a été réduit de 5,16 $ à 4,81 $.

Quant à la décision de la Cour d'appel fédérale renvoyant l'affaire à la Commission, les parties ont convenu que, pour se prononcer, la Commission devrait se fonder sur le dossier existant et sur des observations écrites supplémentaires. Le paragraphe 29.4(2) de la *Loi* prévoit que la reproduction d'une œuvre ne constitue pas une violation du droit d'auteur si elle est faite par un établissement

En ce qui concerne CSI, AVLA et la Société de gestion collective des droits des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes du Québec (SOPROQ) (conjointement AVLA/SOPROQ) ainsi qu'ArtistI, le tarif permet la reproduction de ces mêmes œuvres, enregistrements et prestations.

En date du 21 décembre 2012, les stations de radio commerciales continuaient de verser des redevances en vertu du tarif. À tous égards sauf un, ces redevances étaient provisoires, par l'effet du paragraphe 68.2(3) et de l'article 70.18 de la *Loi*. Les redevances étaient définitives à l'égard de CSI, pour qui le tarif prenait fin le 31 décembre 2012.

Le 7 novembre 2012, certaines dispositions de la *Loi sur la modernisation du droit d'auteur*[1] sont entrées en vigueur. Le lendemain, l'Association canadienne des radiodiffuseurs (ACR) demandait à la Commission de rendre : 1) une décision provisoire réduisant de 90 pour cent, à compter du 7 novembre 2012, les redevances que la radio commerciale verse à CSI, à AVLA/SOPROQ et à ArtistI, pour valoir jusqu'à ce que la Commission tranche sur la demande au fond; 2) une déclaration selon laquelle, à compter de cette même date, il n'existe plus de fondement juridique pour un tarif visant la reproduction d'un enregistrement sonore ou d'une prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore par les stations de radio commerciales; 3) une décision annulant le tarif CSI à compter de cette même date.

La requête était fondée sur les nouveaux articles 29.24 et 30.71 de la *Loi*, sur l'article 30.9 tel que modifié et sur l'arrêt *SOCAN c. Bell Canada*. Essentiellement, l'ACR a soutenu que leur effet combiné faisait en sorte que les stations ne font plus de reproductions protégées par le droit d'auteur, puisque : l'écoute et la création de copies d'évaluation est une utilisation équitable à des fins de recherche visée à l'article 29 de la *Loi*; le processus de programmation des stations, depuis l'assemblage de contenu jusqu'à la communication des émissions, constitue un seul et même processus technologique visé à l'article 30.71 de la *Loi*; les copies de sauvegarde sont permises à l'article 29.24 de la *Loi*; toutes les stations se conforment à l'article 30.9 de la *Loi*.

La décision a été rendue uniquement sur la base des faits allégués par l'ACR et des faits constatés par la Commission dans des affaires précédentes. Personne d'autre n'a été appelé à faire valoir son point de vue.

La Commission a conclu qu'il est faux de prétendre que les règles invoquées par l'ACR privent de fondement juridique tout tarif visant la reproduction d'un enregistrement sonore ou d'une prestation ou œuvre fixée au moyen d'un enregistrement sonore par les stations de radio commerciales. En supposant que toutes les stations puissent invoquer en ce moment toutes les dispositions sur lesquelles la demande se fonde, il leur serait impossible de prouver maintenant qu'elles s'y conformeront à l'avenir. Il revient à chaque station d'établir si elle peut s'en prévaloir, et ce, à l'égard de chaque utilisation par ailleurs protégée. Or, certaines pourraient ne pas pouvoir établir qu'elles respectent toutes les conditions d'application de toutes les exceptions pour l'ensemble des reproductions qu'elles effectuent.

Il faudra certes trancher la question de l'impact des règles invoquées par l'ACR sur l'ampleur (et partant, la valeur) des activités

[1] L.C. 2012, ch. 20. (Auparavant le projet de loi C-11)

L'ACDEF invoquait l'arrêt *Chandler c. Alberta Association of Architects* pour prétendre que le principe de finalité devait être appliqué de manière plus souple à l'égard des tribunaux administratifs. Cette souplesse commanderait que la Commission puisse rouvrir sa décision afin de corriger l'erreur commise. La SODRAC prétendait au contraire que l'arrêt *Chandler* n'est pas pertinent. La Commission n'a pas le pouvoir de corriger l'erreur, si tant est qu'elle existe. Au soutien de cette prétention, la SODRAC invoquait l'arrêt *Munger c. Cité de Jonquière.*

La Commission a commis une erreur. Elle a cru s'inspirer d'une structure tarifaire alors qu'elle en a homologué une autre. L'inadvertance ou la distraction est la source de l'erreur. Elle était par ailleurs manifeste. À l'évidence, la Commission croyait que l'ACDEF recherchait tout autre chose que ce que l'ACDEF demandait. Il s'ensuit que la Commission a le pouvoir de rouvrir sa décision et de corriger son erreur. Cette conclusion pragmatique s'imposait d'autant plus que la Cour d'appel fédérale, saisie d'une demande de révision judiciaire, n'aurait d'autre choix que d'y faire droit et de renvoyer l'affaire à la Commission. Attendre que cela se produise entraînerait une utilisation sous-optimale du temps et des ressources de ce ressort.

La Commission a ensuite examiné la question de l'*ultra petita*. L'ACDEF a soutenu que le tarif homologué impose pour certains usages des redevances plus élevées que ce que la SODRAC avait demandé dans son projet de tarif original. Il en résulterait que la Commission a outrepassé ses compétences et doit pouvoir rouvrir la décision. La SODRAC, en revanche, a prétendu que la Commission n'est pas tenue de retenir la position intégrale de l'une ou l'autre partie, qu'elle peut modifier les redevances et leurs modalités afférentes en fonction de ce qu'elle estime être nécessaire.

On démontre aisément que la redevance payable en vertu du tarif homologué finit toujours par dépasser ce qui aurait été payable en vertu des propositions de la SODRAC. Cela a amené la Commission à conclure qu'il y a bien, en l'espèce, *ultra petita* tant au niveau individuel que dans l'ensemble.

Dans l'arrêt *Société canadienne de perception de la copie privée c. Canadian Storage Media Alliance (2005)*, la Cour d'appel fédérale a décidé que la Commission peut homologuer un tarif supérieur à celui que propose une société de gestion, sans égard au principe de l'*ultra petita*, pour autant que l'équité procédurale soit respectée. Dans ce cas, puisque les parties n'ont pas eu la chance de se faire entendre sur la structure tarifaire choisie, il y a eu manquement à l'équité procédurale. Ce manquement rend nulle l'homologation du tarif 5 de la SODRAC.

La Commission a suspendu l'application du tarif pour 2009-2012 et fait droit à la demande de tarif provisoire.

21 décembre 2012 – Tarif de la radio commerciale – Demande de modification

Le 9 juillet 2010, la Commission homologuait le *Tarif pour la radio commerciale (SOCAN : 2008-2010; Ré:Sonne : 2008-2011; CSI : 2008-2012; AVLA/SOPROQ : 2008-2011; ArtistI : 2009-2011)*. En ce qui concerne la SOCAN et Ré:Sonne, le tarif vise la communication d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores de ces œuvres et des prestations incorporées à ces enregistrements.

revenus de distribution, car rien ne lui permettait de croire qu'un plafond est approprié ou qu'il devrait être établi à ce niveau.

La Commission a également homologué un tarif nominal pour les copies pour usage en salle, pour les films-annonces (à l'exception des utilisations hors contexte) et pour les autres copies accessoires de distribution, de 100 $ par an pour tout distributeur d'un film incorporant de la musique du répertoire de la SODRAC, pour les raisons suivantes.

Premièrement, la Commission devait établir un prix à ces copies. Deuxièmement, la SODRAC n'a offert aucune justification du taux proposé de 1,2 pour cent des revenus de distribution. Troisièmement, la SODRAC n'a pas pu prouver que les copies accessoires de distribution ont une valeur intrinsèque importante. Quatrièmement, la grande majorité des films présentés dans les salles canadiennes sont des productions américaines. Les producteurs américains libèrent généralement les droits requis pour faire des copies accessoires de distribution, sauf pour les utilisations hors contexte dans les films-annonces.

[NOTE : Cette décision fait en ce moment l'objet d'une demande en révision judiciaire déposée par l'ACDEF (Dossier : A-525-12) et a été suspendue par la Commission le 20 décembre 2012, tel que décrit ci-dessous.]

Le 20 décembre 2012 – Décision provisoire sur le tarif 5 de la SODRAC (Reproduction d'œuvres musicales dans des œuvres cinématographiques pour usage privé ou en salle, 2009-2012)

[Veuillez noter que la décision a été rendue le 20 décembre 2012, avec motifs à suivre. Ces motifs ont été publiés le 26 avril 2013. Ce qui suit est un résumé de ces motifs.]

Le 2 novembre 2012, la Commission homologuait le *Tarif nº 5 de la SODRAC (Reproduction d'œuvres musicales dans des œuvres cinématographiques pour usage privé ou en salle), 2009-2012.*

Le 3 décembre 2012, l'ACDEF demandait à la Commission de modifier le tarif en question. L'ACDEF alléguait que la Commission, ayant affirmé vouloir homologuer le tarif proposé par l'ACDEF, avait homologué un tarif différent. La SODRAC s'est opposée à la demande. Elle a soutenu que la décision du 2 novembre ne démontre pas que la Commission avait eu l'intention de retenir la proposition de l'ACDEF. Elle ajoutait que, de toute manière, la Commission n'avait pas le pouvoir, implicite ou exprès, de modifier le tarif.

La Commission a conclu que sa décision du 2 novembre contenait une erreur manifeste. La Commission a affirmé qu'elle « accept[ait] la proposition des distributeurs. » Elle croyait que cette proposition était, tout comme l'entente de 2002 de la SRC, un taux en cents par minute, par copie, alors que la proposition de l'ACDEF était un taux en cents par copie, variant selon la quantité de la musique utilisée. La Commission a mal interprété la proposition de l'ACDEF, ce qui menait à des redevances 15 fois plus élevées ou même plus que ce que la Commission désirait homologuer.

La Commission a le pouvoir de corriger cette erreur, pour deux motifs. Premièrement, l'erreur est manifeste, et la Commission a le pouvoir de corriger une erreur de ce type. Deuxièmement, l'erreur a entraîné l'homologation d'un tarif *ultra petita*, en violation de l'équité procédurale.

L'erreur de la Commission n'était pas une simple erreur d'écriture. Elle n'était pas non plus manifeste à la lecture de la seule décision; cependant, elle l'était à la lecture du dossier.

Le 2 novembre 2012 – Tarif 5 de la SODRAC (Reproduction d'œuvres musicales dans des œuvres cinématographiques pour usage privé ou en salle, 2009-2012)

Le 28 mars 2008, conformément au paragraphe 70.13(1) de la *Loi*, la SODRAC déposait le projet de tarif 5 pour la reproduction, au Canada, d'œuvres musicales incorporées dans des œuvres cinématographiques en vue de la distribution de copies de ces œuvres cinématographiques pour usage privé ou en salle pour les années 2009 à 2012. Le projet de tarif a été publié dans la *Gazette du Canada*.

L'Association canadienne des distributeurs et exportateurs de films (ACDEF), la Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada (MPTAC) et l'Association canadienne des distributeurs de films (maintenant Association cinématographique – Canada) (AC-C) se sont opposées en temps opportun au projet. Le 4 juin 2009, la MPTAC retirait son opposition. Six jours plus tard, l'AC-C faisait de même et demandait de participer comme intervenante; sa demande a été rejetée.

La Commission a regroupé l'examen de ce tarif et celui des arbitrages SODRAC c. SRC/Astral. Les audiences ont commencé le 1er juin 2010 et ont duré 13 jours.

Le tarif 5 vise deux types de copies de la musique : les copies sur DVD destinées à la vente au détail ou à la location, et les copies pour usage en salle.

La SODRAC a d'abord proposé un taux de redevance sur les DVD de 1,2 pour cent des revenus de distribution moyennant une redevance minimale de 8 ¢ par DVD destiné à la vente au détail et de 32 ¢ par DVD destiné à la location aux consommateurs. La SODRAC a révisé sa proposition de taux à 1,92 ¢ pour les quinze premières minutes, 1,18 ¢ pour les quinze minutes suivantes et 0,71 ¢ par la suite. Les taux proposés applicables à la musique de fond s'établiraient à 0,78 ¢, 0,47 ¢ et 0,28 ¢, respectivement.

L'ACDEF prétendait que les producteurs affranchissaient déjà tous les droits requis en aval. La proposition subsidiaire de l'ACDEF était un tarif qui ne faisait pas la distinction entre la musique de fond et la musique du premier plan. La Commission a compris la proposition de l'ACDEF à l'époque comme étant un taux de 0,65 ¢ la minute pour les quinze premières minutes, 1,25 ¢ pour les quinze minutes suivantes, et 2,0 ¢ par la suite et que les redevances seraient plafonnées à 1,2 pour cent des revenus de distribution. *[La compréhension de la Commission était fausse, voir plus loin.]*

L'ACDEF a avancé que la Commission ne devrait pas imposer un tarif distinct aux copies pour usage en salle puisque les producteurs affranchissent déjà les droits requis. Un film-annonce n'a aucune valeur commerciale et ne produit aucun revenu puisque les cinéphiles ne paieront pas pour le voir. La proposition subsidiaire de l'ACDEF était de 100 $ par distributeur par année.

La Commission a abandonné le taux de 1,2 pour cent en faveur de la structure appliquée aux ventes par la SRC d'émissions aux consommateurs pour trois raisons. D'abord, cette structure tarifaire semblait avoir bien servi la SRC et la SODRAC. Ensuite, les parties ont accepté de l'appliquer. Enfin, elle permettait d'ajuster les redevances en fonction de la nécessité pour le distributeur d'avoir recours au répertoire de la SODRAC.

Le tarif a été établi à 0,65 ¢ par copie par minute pour les quinze premières minutes, 1,25 ¢ pour les quinze minutes suivantes et 2,0 ¢ par la suite. La Commission n'a pas plafonné les redevances à 1,2 pour cent des

Régime général

Arrière-plan

Les articles 70.12 à 70.191 de la *Loi* accordent aux sociétés de gestion qui ne sont pas assujetties à un régime spécifique l'option de procéder par dépôt de projets de tarifs auprès de la Commission. Le processus d'examen et d'homologation de ces tarifs est le même que dans les régimes spécifiques. Le tarif homologué est opposable à tous les utilisateurs, sauf que contrairement aux régimes spécifiques, les ententes conclues en vertu du régime général ont préséance sur le tarif.

Dépôt de projets de tarifs

En mars 2013, les projets de tarifs suivants ont été déposés auprès de la Commission en application de l'article 70.13 de la *Loi* :

- Tarif déposé par AVLA *Audio-Video Licensing Agency Inc.* (AVLA) pour la reproduction d'enregistrements sonores par la Société Radio-Canada (SRC), au Canada, dans le cadre de ses activités de diffusion radiophonique, pour les années 2014 à 2016;
- Tarifs déposés par l'Agence des droits des radiodiffuseurs canadiens (CBRA) pour la fixation et la reproduction d'œuvres et de signaux de communication, au Canada, par les entreprises et les services non commerciaux de veille médiatique, pour les années 2014 à 2016;
- Tarifs déposés par CMRRA-SODRAC inc. (CSI) pour la reproduction d'œuvres musicales, au Canada, par des stations de radio commerciales, des stations de radio non commerciales, et des services de musique en ligne, pour l'année 2014;
- Tarifs déposés par la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) pour la reproduction d'œuvres musicales incorporées dans une vidéo de musique, au Canada, par les services de musique en ligne et pour la reproduction d'œuvres musicales dans des œuvres cinématographiques, pour l'année 2014;
- Tarif déposé par l'Agence canadienne des droits de reproduction musicaux (CMRRA) pour la reproduction d'œuvres musicales incorporées dans une vidéo de musique, au Canada, par les services de musique en ligne, pour l'année 2014;
- Tarif déposé par Access Copyright pour la reproduction par reprographie, au Canada, d'œuvres de son répertoire par les établissements d'enseignement postsecondaires, pour les années 2014 à 2017.

Audiences

Au cours de l'exercice financier 2012-2013, la Commission a tenu une audience (du 23 octobre au 5 novembre 2012), laquelle portait sur la question des redevances justes et équitables à être payées par les gouvernements provinciaux et territoriaux pour les reproductions reprographiques des œuvres protégées.

Décisions

Quatre décisions ont été rendues au cours de l'exercice financier, comme suit :

Le 5 octobre 2012 – Tarif 22.A de la SOCAN (Services de musique en ligne, 2007-2010) et Tarif de CSI (Services de musique en ligne, 2008-2010)

[Cette décision fait l'objet d'un résumé dans la section de ce rapport à l'égard de l'exécution publique de la musique.]

modification de la Commission se limite au pouvoir de modifier les modalités d'une relation existante entre titulaires de droits et utilisateurs lorsque l'évolution importante des circonstances l'exige. Il ne permet pas de mettre fin à la relation ou de déclarer qu'elle n'existe plus. Selon la Commission, le pouvoir de refuser d'homologuer un tarif *ex ante* n'implique pas le pouvoir de l'annuler *ex post facto*. De plus, si l'interprétation du pouvoir de modification des demanderesses était juste, cela signifierait que les décisions de la Commission ne seraient jamais définitives.

La Commission a conclu que même si elle avait le pouvoir d'annuler le tarif, elle aurait rejeté la demande des demanderesses car ce sont les tribunaux judiciaires et non la Commission qui sont le forum approprié en la matière. Les questions soulevées relèvent du droit général. Il s'agit notamment de savoir si le principe du caractère définitif exige qu'un tarif homologué fondé sur une interprétation de la loi à présent reconnue erronée s'impose à tous les intéressés et, le cas échéant, dans quelle mesure; se pose aussi la question du droit des demanderesses au remboursement de redevances, en vertu de divers principes juridiques (erreur de droit, erreur de fait, restitution, enrichissement sans cause). Une décision de justice serait plus efficace et produirait des effets plus immédiats et plus généraux.

La demande posait essentiellement la question de savoir si la SOCAN peut faire respecter le tarif, autrement dit, si les demanderesses ont droit au remboursement de redevances acquittées et si la SOCAN peut invoquer le tarif de 2006-2013 pour percevoir des redevances futures. La Commission n'a pas compétence en matière d'exécution.

Dans la mesure où le tarif de 2006-2013 ne pourrait être appliqué par ailleurs, l'entrée en vigueur le 7 novembre 2012 de modifications à la *Loi* traitant du droit dit de mise à disposition des auteurs, interprètes et producteurs canadiens pourrait valider la demande de redevances de la SOCAN, et ce, malgré l'arrêt *ESA*. Pour cette raison, la demande de modification du tarif de 2006-2013 à partir du 7 novembre 2012 sera examinée en temps et lieu.

21 décembre 2012 – Tarif de la radio commerciale – Demande de modification

[Cette décision fait l'objet d'un résumé dans la section de ce rapport à l'égard du régime général.]

Le 18 janvier 2013 – Tarif 24 de la SOCAN (Sonneries, 2003-2005 et Sonneries et sonneries d'attente, 2006-2013) – Demande de modification

Le 29 juin 2012, la Commission a homologué le tarif 24 de la SOCAN pour les années 2006 à 2013. Ce tarif s'applique aux sonneries (un fichier numérique audio dont l'exécution indique un appel téléphonique entrant) et aux sonneries d'attente (un fichier numérique audio dont l'exécution est entendue par la personne qui fait un appel téléphonique en attendant la réponse du destinataire). *[Cette décision fait précédemment l'objet d'un résumé dans cette section du rapport.]*

Suite à deux décisions de la Cour suprême du Canada, *Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* [*ESA*] et *Rogers Communications Inc. c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique* [*Rogers*], Bell Mobilité, *Rogers Communications Partnership*, Société TELUS Communications et Québecor Média inc. ont demandé à la Commission de modifier le tarif de la SOCAN pour les années 2003 à 2005 (le « tarif de 2003-2005 ») et le tarif de la SOCAN pour les années 2006 à 2013 (le « tarif de 2006-2013 ») en les abrogeant. Selon les demanderesses, les arrêts *ESA* et *Rogers* établissent le principe que la transmission par Internet d'une copie permanente d'un fichier renfermant une œuvre musicale ne met pas (et n'a jamais mis) en cause la communication de cette œuvre, de sorte que les deux tarifs sont nuls et devraient être abrogés. Apple inc. a appuyé la demande tandis que la SOCAN s'y est opposée. La demande a été abandonnée à l'égard des sonneries d'attente.

En vertu de l'article 66.52 de la *Loi*, la Commission a le pouvoir de modifier une décision si elle estime que les circonstances ont évolué de façon importante depuis qu'elle l'a rendue. Toutefois, la Commission a rejeté la demande de modification pour le tarif de 2003-2005 et pour le tarif de 2006-2013 jusqu'au 6 novembre 2012, le dernier jour avant l'entrée en vigueur de modifications traitant du droit dit de mise à disposition des auteurs, interprètes et producteurs canadiens. La Commission a estimé que la demande, si elle était acceptée, n'accomplirait rien de plus que ce qui est déjà prévu dans les deux tarifs, lesquels stipulent qu'aucune licence de la SOCAN n'est requise si la transmission d'une sonnerie ne constitue pas une utilisation protégée du répertoire de la SOCAN et que les demanderesses n'ont pas à se conformer aux tarifs.

La Commission était d'avis que la question en cause est celle de l'effet juridique de tarifs homologués et de savoir si les demanderesses ont droit au remboursement de redevances déjà acquittées ou si elles sont tenues de continuer à verser des redevances. Aussi, à l'égard du tarif de 2003-2005, il siérait mal que la Commission fasse fi d'une décision que la Cour d'appel fédérale a maintenue, surtout que la permission demandée d'en appeler à la Cour suprême du Canada a été refusée.

Contrairement aux demanderesses et à la SOCAN qui soutiennent que le pouvoir d'annuler une décision est inclus dans le pouvoir de la modifier, la Commission croit qu'il ne faut pas chercher des pouvoirs dans la *Loi* qui ne s'y trouvent pas. Le pouvoir de

que le prix de l'abonnement à un service de téléchargements limités non portables et de transmissions sur demande est le même. Les redevances minimales ont été établies telles que dans le tableau ci-dessous.

Pour les vidéoclips, la Commission voulait que la SOCAN reçoive le même montant que pour un fichier audio. La façon la plus simple d'y arriver était d'appliquer au premier les redevances minimales établies pour le second.

Escompte de 10 pour cent

En 2007, la Commission avait réduit les taux de 10 pour cent, pour la durée du tarif en question uniquement. La Commission n'a vu aucune raison de continuer d'appliquer cette réduction. De plus, la Commission n'a pas accordé de réduction à l'égard des vidéoclips puisqu'il ne s'agit pas d'une nouvelle industrie.

	Redevances à verser à CSI (2008-2010)	Redevances à verser à la SOCAN (2007-2010)
Téléchargements permanents	9,90 % du montant payé par le consommateur *Redevance minimale* 3,92 ¢ par fichier dans un ensemble de 13 pistes ou plus 6,86 ¢ par fichier dans tout autre cas	s. o.
Téléchargements limités	9,9 % du montant payé par les abonnés *Redevance minimale* 99 ¢ par mois, par abonné, si les téléchargements limités portables sont permis 66 ¢ sinon	s. o.
Transmissions sur demande	5,18 % du montant payé par les abonnés *Redevance minimale* Transmissions gratuites : 0,09 ¢ par fichier transmis par visiteur, jusqu'à un maximum de 34,53 ¢ par visiteur par mois Sinon 34,53 ¢ par abonné par mois	7,60 % du montant payé par les abonnés *Redevance minimale* Transmissions gratuites : 0,13 ¢ par fichier transmis par visiteur, jusqu'à un maximum de 50,67 ¢ par visiteur par mois Sinon 50,67 ¢ par abonné par mois
Vidéoclips (2010 seulement), transmissions sur demande	s. o.	5,02 % du montant payé par les abonnés *Redevance minimale* Transmissions gratuites : 0,13 ¢ par fichier transmis par visiteur, jusqu'à un maximum de 50,67 ¢ par visiteur par mois Sinon 50,67 ¢ par abonné par mois

La SOCAN a demandé le même pourcentage de l'ensemble qu'elle avait reçu (62 pour cent) en se fondant sur l'argument que le droit de communication est plus important que le droit de reproduction dans les transmissions. Les opposants n'ont pas pris position sur le partage des redevances entre CSI et SOCAN, mais étaient tous d'avis que le taux pour l'ensemble de droits devrait être le même pour les transmissions sur demande que pour les téléchargements permanents.

La Commission a décidé de ne pas reprendre la formule utilisée en 2007, mais a conclu toutefois que la formule utilisée précédemment peut servir comme point de départ de son analyse. Ce point de départ est 4,6 pour cent. Les raisons pour l'augmentation du taux de CSI pour les téléchargements de 12,5 pour cent étaient tout aussi pertinentes dans le cas des transmissions. Le taux de CSI a ainsi passé de 4,6 à 5,18 pour cent.

La Commission n'a trouvé aucun motif justifiant de hausser ou de réduire le taux de la SOCAN pour les transmissions sur demande et l'a laissé à 7,6 pour cent.

Vidéoclips

Seule la SOCAN a demandé un tarif pour l'utilisation de musique dans les vidéoclips, et ce, uniquement pour 2010. La SOCAN a avancé que le taux pour les vidéoclips devrait être le même que pour les pistes audio. Elle a soutenu que le vidéoclip n'est qu'une présentation perfectionnée d'une piste audio.

Apple et les entreprises de câblodistribution et de télécommunication ont fait valoir que le contenu non audio est seul responsable de la différence de prix entre une piste audio et un vidéoclip. Ils ont proposé de fixer le taux pour les vidéoclips en fonction du ratio entre le prix médian des pistes audio et celui des vidéoclips. La Commission était du même avis. La Commission a établi que le taux pour la transmission sur demande de vidéoclips en appliquant la proportion de 0,66 au taux de transmissions sur demande de 7,6 pour cent, ce qui donne un taux de 5,02 pour cent.

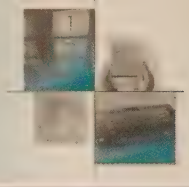
Assiette tarifaire

CSI et les opposants proposaient que l'assiette tarifaire soit toujours ce que les abonnés paient pour leurs téléchargements et leurs transmissions, alors que la SOCAN demandait son extension à tous les revenus provenant de non-utilisateurs. La Commission s'est dite en accord avec CSI et les opposants. Les redevances minimales sont une réponse au fait que les revenus provenant des non-utilisateurs semblent bénéficier avant tout aux sites offrant des transmissions sur demande pour rien ou presque. De plus, les revenus provenant de non-utilisateurs semblent toujours être relativement modestes et il est fort difficile d'établir la mesure dans laquelle la musique aide à générer des revenus auprès des non-utilisateurs. Finalement, le fardeau administratif engendré par un changement rétroactif d'assiette tarifaire l'emporte probablement sur les gains qu'entraînerait un tel changement.

Redevances minimales

Pour les téléchargements permanents et limités, la Commission n'a vu aucune raison de modifier la formule de calcul des redevances minimales par rapport à sa décision précédente, soit de les établir aux deux tiers du montant généré par le taux. Les redevances minimales homologuées sont indiquées dans le tableau ci-dessous.

Pour les transmissions sur demande, la Commission a conclu qu'il est préférable de calculer les redevances minimales pour les transmissions sur demande de la même façon que pour les téléchargements limités. Puisque le prix moyen de l'abonnement mensuel n'est pas connu, la Commission a tenu pour acquis



l'ensemble des droits de communication et de reproduction ne devaient pas être supérieures à celles versées par les maisons de disques pour la reproduction d'œuvres musicales sur CD. Elle a ensuite utilisé le modèle de négociation économique de Nash pour arriver à un taux qui résulterait d'une négociation de CSI et de la SOCAN avec les services. Cette approche l'a amenée à des taux combinés oscillant entre 7,3 et 8,8 pour cent du prix de vente au détail des téléchargements permanents. Pour les vidéoclips, elle a abaissé le taux de manière à tenir compte des contributions non musicales (chorégraphie, jeu des acteurs, scénario, etc.) qui accroissent la valeur des vidéoclips et conclu que le taux devrait se situer entre 0,7 et 2,2 pour cent du prix de détail des vidéoclips.

La CRIA a fait valoir que le taux combiné pour l'ensemble des droits devrait être fixé à 6,96 pour cent du prix payé par les consommateurs. En ce qui concerne le droit de communication des vidéoclips, elle a appuyé les montants proposés par Apple et par les entreprises de câblodistribution et de télécommunication. La preuve de la CRIA reposait sur un rapport de M. Barker qui concluait qu'une comparaison avec les taux en vigueur à l'étranger était la meilleure façon de procéder pour déterminer combien doivent verser les services en ligne pour l'ensemble de droits associés aux téléchargements permanents.

Analyse de la Commission

Téléchargements permanents

La Commission a rejeté les modèles économiques proposés par les opposants. Certaines hypothèses posées par M. Barker ne sont pas raisonnables. Par exemple, son approche suppose que le taux du modèle MLA est lié au prix de détail de la musique, ce qui n'est pas le cas. Le modèle de négociation de M^{me} Chipty qui implique la SOCAN, CSI et les services en ligne, mais exclut les maisons de disques, mène à des résultats déraisonnables. De plus, cela fait fi du principe établi par la Commission que toutes choses étant égales par ailleurs, l'utilisation de deux droits devrait coûter plus cher que l'utilisation d'un seul.

La Commission a retenu l'approche de CSI pour établir le taux de CSI pour les téléchargements permanents de 9,9 pour cent pour les trois années de 2008 à 2010. Ceci correspondait à un accroissement de 12,5 pour cent en comparaison du taux préalablement homologué.

Téléchargements limités

CSI a proposé percevoir le même taux pour les téléchargements permanents et les téléchargements limités. La principale différence conceptuelle entre un téléchargement permanent et un téléchargement limité, du point de vue du consommateur, est que le premier est une acquisition alors que le second équivaut à une location. Dans les deux cas, une seule transmission du fichier de musique est nécessaire. Règle générale, le marché devrait tenir compte de la valeur inférieure de la location par le truchement d'un prix moindre. Cela implique que même en appliquant le taux des téléchargements permanents aux téléchargements limités, ces derniers généreraient moins de redevances, un résultat que la Commission recherchait. Par conséquent, la Commission a établi le même taux que pour les téléchargements permanents, soit 9,9 pour cent.

Transmissions sur demande

CSI a soutenu que le taux pour les transmissions sur demande devait être fixé quelque part entre le taux pour les téléchargements limités et la moitié du taux perçu par CSI pour les services sonores payants numériques (SSPN), tel que la Commission l'a fait en 2007.

Le 20 juillet 2012, la Commission émettait une ordonnance stipulant que suite aux décisions que la Cour suprême du Canada a rendues, la Commission a conclu, de façon préliminaire, que la SOCAN n'a plus droit à un tarif pour les téléchargements permanents ou limités et que l'écoute préalable est tout autant une utilisation équitable à des fins de recherche en 2007-2010 qu'en 1996-2006. Parmi les options suggérées par la Commission pour tenir compte des décisions, les parties étaient d'accord que la Commission pouvait ajuster les motifs et les tarifs sans entendre davantage les parties. Personne n'a contesté les conclusions préliminaires de la Commission. Par conséquent, la Commission n'a pas homologué de tarif de la SOCAN pour les téléchargements permanents ou limités ou pour l'écoute préalable.

CSI a proposé les taux suivants : pour les téléchargements permanents et limités, 9,9 pour cent du montant payé par les consommateurs et des revenus d'abonnement, respectivement; pour les transmissions sur demande, elle a proposé des taux à 5,9 pour cent pour 2008 et 2009 et à 6,1 pour cent pour 2010, des revenus d'abonnement.

La preuve de CSI reposait sur un rapport déposé par MM. Audley et Hyatt, où étaient actualisés les calculs faits par la Commission dans *CSI – Services de musique en ligne (2007)*. Dans cette décision, en vue d'établir le taux pour les téléchargements permanents, la Commission avait utilisé comme prix de référence le taux en cents payé par les maisons de disques pour la reproduction d'œuvres musicales sur un CD préenregistré, taux converti en pourcentage du prix de détail d'un téléchargement (le « modèle MLA »). Comme le taux en cents a augmenté depuis 2007, Audley et Hyatt ont calculé des taux nouveaux de 10,0 pour cent pour 2008 et 2009 et de 10,3 pour cent pour 2010. En 2007, la Commission avait fixé le taux pour les téléchargements limités à deux tiers du taux pour les téléchargements permanents. MM. Audley et Hyatt ont soutenu que le taux devrait être le même pour les deux types de téléchargements parce que l'utilisation des droits de reproduction et de communication est la même. Ils ont également recommandé les taux que CSI a ultimement proposés pour les transmissions sur demande.

Suite aux décisions de la Cour suprême, les tarifs proposés par la SOCAN pour les téléchargements permanents et limités sont devenus non pertinents. Pour les transmissions sur demande, la SOCAN a proposé des taux de 8,1, 8,4, 8,3 et 8,5 pour cent pour chacune des années de 2007 à 2010. La SOCAN a demandé que le tarif s'applique aux vidéoclips, aux mêmes taux que pour les fichiers audio.

La preuve de la SOCAN reposait sur le rapport de M. Liebowitz selon qui les augmentations du taux en cents et la rentabilité accrue du marché numérique par rapport à celle du marché des CD, lequel a servi de référence, justifiaient la hausse des taux. Il a également affirmé que la musique était tout aussi importante dans un vidéoclip que dans un fichier musical et que leurs taux devraient donc être les mêmes.

Apple et les entreprises de câblodistribution et de télécommunication ont proposé que les redevances combinées payables à la SOCAN et à CSI pour tous les produits audio soient fixées dans une fourchette de 7,5 pour cent à 10 pour cent pour les années 2008 et 2009, et de 7,5 pour cent à 10,3 pour cent pour 2010, du montant payé par les consommateurs. En ce qui concerne les vidéoclips, elles ont proposé que les taux de la SOCAN soient fixés entre 0,7 et 2,2 pour cent.

L'expert économique d'Apple et des entreprises de câblodistribution et de télécommunication, M^me^ Chipty, a conclu que les redevances pour

Finalement, la Commission a homologué un taux pour les activités de patinage. Les redevances établies dans le tarif 7 de la SOCAN sont de 1,2 pour cent des recettes brutes d'entrée, sous réserve d'une redevance annuelle minimale de 104,31 $. En ajustant ces taux pour refléter la part de répertoire de Ré:Sonne (36,6 pour cent), on obtient un taux de 0,44 pour cent et un minimum de 38,18 $. Ce sont ces redevances que la Commission a homologuées.

[NOTE : Cette décision fait en ce moment l'objet d'une demande en révision judiciaire déposée par Ré:Sonne (Dossier : A-353-12).]

Le 5 octobre 2012 – Tarif 22.A de la SOCAN (Services de musique en ligne, 2007-2010) et Tarif de CSI (Services de musique en ligne, 2008-2010)

En mars 2006, 2007, 2008 et 2009, la SOCAN a déposé des projets de tarifs de redevances pour la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales par les services de musique en ligne pour les années 2007, 2008, 2009 et 2010. En mars 2007, 2008 et 2009, CMRRA/SODRAC inc. (CSI) a déposé des projets de tarifs des redevances pour la reproduction d'œuvres musicales par les services de musique en ligne pour les années 2008, 2009 et 2010.

Bell Canada, Rogers Communications inc., Société Telus Communications et Vidéotron ltée (conjointement les « entreprises de câblodistribution et de télécommunication »), Apple Canada inc. et l'Association de l'industrie canadienne de l'enregistrement (CRIA, désormais *Music Canada*) se sont opposées aux projets de tarifs.

CSI a d'abord demandé que la Commission procède à l'examen de son tarif. La Commission, en accord avec les opposants, a plutôt décidé qu'elle se pencherait en même temps sur les projets de tarifs de la SOCAN, qui elle, n'était pas prête à procéder.

CSI a ensuite demandé que la Commission procède à l'examen conjoint des tarifs des deux sociétés. Les opposants ont encore contesté la demande, et faient valoir, entre autres, que la Commission ne devrait pas se prononcer avant que la Cour d'appel fédérale ait statué sur les cinq demandes de contrôle judiciaire des tarifs de la SOCAN pour les services de musique en ligne que la Commission avait homologués en 2007. La Commission a décidé de ne pas attendre les résultats de l'instance et a acquiescé à la demande de CSI de procéder. L'audition de l'affaire a duré huit jours en juin 2010.

Pendant le délibéré de la Commission, les cinq demandes de contrôle judiciaire ont été rejetées. L'autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada a été accordée dans trois affaires (*Bell Canada c. SOCAN*, *ESA c. SOCAN* et *SOCAN c. Bell Canada*) et le 12 juillet 2012, la Cour suprême du Canada rendait ses décisions dans ces trois affaires. *[Voir les résumés de ces décisions dans la section de ce rapport à l'égard des instances judiciaires.]* Ces décisions énoncent que la livraison par Internet d'une copie permanente d'un fichier contenant une œuvre musicale n'engage pas le droit de communiquer l'œuvre, qu'une communication au public peut découler d'une série de transmissions non simultanées d'une œuvre musicale (pour autant qu'il n'y ait pas livraison d'une copie permanente d'un fichier contenant l'œuvre), et que l'écoute préalable de téléchargements est une utilisation équitable à des fins de recherche.

La Commission a conclu que le tarif 22.A de la SOCAN et celui de Ré:Sonne pour la radio par satellite n'étaient pas de bons substituts et que M. Reitman a mal utilisé le tarif 3 de Ré:Sonne. La Commission a convenu qu'il faut établir séparément la valeur de la musique diffusée dans les cours et les aires d'entraînement. Toute musique diffusée dans les aires d'entraînement est purement et simplement de la musique de fond.

La Commission a envisagé le tarif 19 de la SOCAN comme point de référence pour la musique jouée dans les cours, mais elle a identifié plusieurs problèmes avec ce tarif et posé des questions à la SOCAN afin d'obtenir des clarifications. Cela a permis à la Commission d'apprendre ce qui suit. Premièrement, l'expression « nombre moyen de participants par semaine dans la salle » est interprétée de nombreuses façons, ce qui constitue un problème puisque le nombre moyen de participants par semaine dans une salle est multiplié par 2,14 $ dans le tarif 19 de la SOCAN pour obtenir les redevances à payer. Deuxièmement, l'application du tarif semble poser problème puisque ceux qui devraient payer des redevances ne le font pas tous. Troisièmement, la SOCAN a fait très peu de vérifications à l'égard du tarif 19. Quatrièmement, la SOCAN perçoit 31 pour cent de ses revenus qu'elle attribue à son tarif 19 conformément à des ententes conclues avec certains utilisateurs et dont copie a été déposée suite à la demande de la Commission.

La Commission a examiné plusieurs solutions pour fixer les redevances pour l'utilisation de musique dans les cours de conditionnement physique. Elle a envisagé de prendre comme point de référence les montants perçus au titre du tarif 19 de la SOCAN, rajustés en fonction de l'utilisation du répertoire. Elle a également envisagé un tarif fondé sur une décision rendue par le tribunal australien du droit d'auteur concernant la musique jouée dans les centres de conditionnement. Elle a aussi examiné la possibilité d'un tarif fondé sur le tarif 7 de la SOCAN, lequel vise la musique diffusée dans le cadre d'activités de patin à roulette ou à glace, et celle d'un tarif fondé sur le tarif 18 de la SOCAN (Musique enregistrée utilisée aux fins de danse). Finalement, la Commission a envisagé de ne pas homologuer de tarif. La Commission a rejeté toutes ces options puisque le lien entre les marchés et celui de Ré:Sonne était soit trop faible ou problématique.

La Commission a préconisé l'établissement d'une redevance fixe pour tous les utilisateurs. L'avantage d'une redevance fixe est qu'il est très facile de veiller au respect du tarif. Si un centre de conditionnement utilise le répertoire de Ré:Sonne, il doit payer la redevance fixe.

La redevance fixe est fondée sur certaines des ententes mentionnées ci-dessus et correspond à la moyenne des montants payés à la SOCAN. La moyenne obtenue en vertu des ententes est de 288,90 $. La Commission a rajusté ce résultat en fonction de la part du répertoire de Ré:Sonne, soit 36,6 pour cent, et homologué, au titre du tarif 6.B de Ré:Sonne, une redevance fixe de 105,74 $ par établissement pour l'utilisation de musique enregistrée pour les cours de conditionnement. Ce montant s'ajoute aux redevances exigibles en vertu du tarif 3 de Ré:Sonne pour l'utilisation de musique de fond dans les aires d'entraînement.

Les ententes mentionnées ci-dessus confirment que pour l'essentiel, les redevances versées pour l'enseignement de danse sont le minimum que prévoit le tarif 19 de la SOCAN. En rajustant le minimum de ce tarif 19 (64 $) pour refléter la part de répertoire de Ré:Sonne (36,6 pour cent), on obtient 23,42 $. C'est le montant que la Commission a homologué comme redevance annuelle forfaitaire par établissement pour l'enseignement de danse.

marginal constant : pour un club donné, le coût de recruter un membre additionnel est constant. Il a aussi supposé que la demande est uniformément élastique : le nombre de membres qui résilieraient leur abonnement si le prix augmentait d'un pourcentage donné serait le même, peu importe le montant. La dernière hypothèse avancée par M. McHale était que les centres de conditionnement et les sociétés de gestion musicales partageraient la plus-value de la musique en parts égales. Il a conclu que la valeur de la musique enregistrée pour un club de conditionnement correspond à 16 pour cent du revenu total du centre. La moitié de ce montant a été alloué à la SOCAN. Finalement, un rajustement en fonction du répertoire était nécessaire. Ré:Sonne a multiplié le taux de 8 pour cent par la valeur de 53 pour cent issue de son analyse d'utilisation du répertoire, ce qui donne une redevance de 4,24 pour cent du revenu. Ré:Sonne a converti ce chiffre à 1,55 $ par membre par mois en fonction de la taille et des revenus d'un club moyen.

Témoignant pour les Opposantes, M. Reitman a présenté une contre-proposition, avec un taux pour les cours de conditionnement (partie A) et un autre pour les aires d'entraînement (partie B). Le taux de la partie A est fondé sur le tarif 19 de la SOCAN (Exercices physiques et cours de danse). Le taux de la partie B était relié mathématiquement au taux de la partie A et fondé sur le tarif 22.A de la SOCAN (Téléchargements limités), le tarif de Ré:Sonne pour la radio par satellite et le tarif 3 de Ré:Sonne (Musique de fond). M. Reitman a proposé des taux respectifs de 1,71 $ et de 0,33 $ pour la partie A et la partie B, non ajustés en fonction du répertoire. Il a utilisé un ajustement de répertoire de 45,82 pour cent, différent de celui de Ré:Sonne, et fondé sur le sondage de M^me^ Bernardino pour obtenir les taux finaux de 0,78 $ et 0,15 $.

Analyse de la Commission

Avant d'examiner la preuve à l'égard des taux, la Commission a examiné quatre questions juridiques. Premièrement, quels enregistrements sonores sont admissibles à une rémunération? L'admissibilité dépend du statut du producteur et du lieu de la fixation de l'enregistrement sonore. Elle ne dépend pas du mandataire du producteur ou de la citoyenneté ou du lieu de résidence de l'artiste-interprète.

Deuxièmement, Ré:Sonne représente-t-elle tous les enregistrements admissibles? La Commission a conclu que Ré:Sonne ne représentait que les enregistrements sonores qui font correctement partie de son répertoire. Troisièmement, comment un enregistrement sonore rejoint-il le répertoire de Ré:Sonne? Un producteur ou un des artistes-interprètes doit faire apport de ses droits à Ré:Sonne pour que l'enregistrement fasse partie du répertoire. Finalement, qui a droit de recevoir les redevances payées à Ré:Sonne? Les redevances doivent être remises aux artistes-interprètes et aux producteurs, *ou à leurs ayants droit.*

La Commission a par la suite analysé les diverses prétentions quant à la représentation du répertoire de Ré:Sonne dans la liste des enregistrements de Goodlife. Elle a déterminé que 36,6 pour cent de ces enregistrements faisait partie du répertoire de Ré:Sonne.

La fiabilité de la proposition de Ré:Sonne dépend du caractère raisonnable des hypothèses sous-tendant les modèles économiques de M^me^ Bernardino et de M. McHale, de la fiabilité des données recueillies (la méthode d'enquête) et de l'exactitude des calculs effectués pour produire les chiffres finaux. La Commission a énuméré un grand nombre de difficultés avec les hypothèses, la collecte des données et l'exactitude des calculs, ainsi qu'un problème d'ordre général au niveau des résultats. Conséquemment, la Commission a rejeté la proposition de Ré:Sonne.

(Sonneries et sonneries d'attente) pour les années 2006 à 2013. Elle a analysé l'entente et demandé aux derniers opposants s'ils maintenaient leur opposition. Tous l'ont retirée. La Commission s'est dite convaincue que les parties à l'entente ont été en mesure de représenter les intérêts de tous les utilisateurs concernés. Les taux qu'elle a homologués sont de six pour cent des revenus pour la période jusqu'au 30 juin 2009, et de cinq pour cent des revenus par la suite.

Le 6 juillet 2012 – Tarif 6.B de Ré:Sonne (Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques, 2008-2012)

Le 30 mars 2007, Ré:Sonne a déposé son premier projet de tarif des redevances pour l'utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques ou de danse (tarif 6). Le 15 juillet 2011, la Commission a rendu sa décision à l'égard du tarif 6.A (Utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités de danse).

Cette décision a trait au tarif 6.B, pour l'utilisation de musique enregistrée pour accompagner des activités physiques. Le Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada (CSCP) et *Goodlife Fitness Centres Inc.* (Goodlife) (ensemble, les « Opposantes ») ont pris position à l'égard des activités visées par le tarif 6.B. Le dossier de l'instance portait principalement sur les centres de conditionnement physique. Les autres formes d'activité physique visées dans le tarif, tel l'enseignement de danse et le patinage, ont aussi fait l'objet de la décision.

Pour les sites d'activité physique, Ré:Sonne a proposé initialement un taux de 5 pour cent des recettes brutes, sous réserve d'un montant annuel minimal de 100 $. Pour les cours de conditionnement, Ré:Sonne a proposé un taux fixe de 3 $ par cours. Dans son énoncé de cause, Ré:Sonne a proposé de combiner les deux en un taux mensuel de 1,55 $ par membre.

Les Opposantes ont plutôt proposé des montants annuels de 0,78 $ multipliés par le nombre hebdomadaire moyen de participants aux cours et de 0,15 $ multipliés par le nombre hebdomadaire moyen d'utilisateurs des aires d'entraînement.

L'essentiel de la thèse de Ré:Sonne reposait sur le rapport de M^me^ Adriana Bernardino et celui de M. John McHale. Le rapport de M^me^ Bernardino décrit deux collectes de données auxquelles elle s'est livrée pour déterminer la valeur que les clients des centres accordent à la musique enregistrée pour accompagner le conditionnement physique : une méthode qualitative (des groupes de discussion) et une quantitative (un sondage).

Les répondants au sondage devaient choisir entre deux clubs hypothétiques, comportant des caractéristiques différentes, y compris sur le plan de l'achalandage, de l'expérience des instructeurs et, point essentiel, de la nature et de l'importance de l'utilisation de musique enregistrée. Par la suite, les répondants devaient imaginer que leur club actuel cessait de diffuser de la musique enregistrée, pour ensuite répondre à des questions visant à déterminer de combien les frais d'inscription devraient diminuer pour qu'ils demeurent tout de même membres du club au lieu d'aller chez un concurrent qui diffuse de la musique. M^me^ Bernardino a estimé ce montant à 32 pour cent des frais d'inscription, ou environ 15 $ sur des frais mensuels moyens de 45 $.

M. McHale a décrit le marché de l'abonnement aux clubs de conditionnement physique. Il a supposé que l'offre était associée à un coût

- Tarif 13.B (Transports en commun – Navires à passagers)
- Tarif 13.C (Transports en commun – Trains, autobus et autres moyens de transport en commun, à l'exclusion des avions et des navires à passagers)

Pour les années 2009 à 2013

- Tarif 2.B (Télévision – Office de la télécommunication éducative de l'Ontario)

Pour les années 2011 et 2012

- Tarif 3 (Cabarets, cafés, clubs, bars à cocktail, salles à manger, foyers, restaurants, auberges, tavernes et établissements du même genre)
- Tarif 7 (Patinoires)
- Tarif 8 (Réceptions, congrès, assemblées et présentations de mode)
- Tarif 10 (Parcs, parades, rues et autres endroits publics)
- Tarif 11 (Cirques, spectacles sur glace, feux d'artifice, spectacles son et lumière et événements similaires; spectacles d'humoristes et spectacles de magiciens)
- Tarif 14 (Exécution d'œuvres particulières)
- Tarif 18 (Musique enregistrée utilisée aux fins de danse)
- Tarif 19 (Exercices physiques et cours de danse)
- Tarif 20 (Bars karaoké et établissements du même genre)
- Tarif 21 (Installations récréatives exploitées par une municipalité, une école, un collège, une université, une société agricole ou autres organisations communautaires du même genre).

La Commission a refusé d'homologuer le tarif 13.A (Transports en commun – avions), qui ne faisait pas l'objet d'opposition, au-delà de 2010, puisque le tarif proposé pour 2011 et 2012 inclut des changements importants par rapport à la version que la Commission avait homologuée en 2008. Elle a aussi refusé d'homologuer le tarif 5.B (non opposé), qui vise les concerts offerts pendant des expositions et des foires. Ce tarif est censé refléter le tarif 4 (Concerts), qui était à l'étude. La Commission a préféré traiter des deux tarifs 4 et 5.B en même temps.

La Commission a homologué les tarifs de la musique de fond (15.A – Musique de fond dans les établissements non régis par le tarif No 16, 15.B – Attente musicale au téléphone, et 16 – Fournisseurs de musique de fond) après que tous les opposants aient retiré leur opposition. Les tarifs prévoient maintenant spécifiquement que la musique jouée à partir d'un téléviseur est incluse, même si la Commission a conclu que cette utilisation a toujours été ciblée. La Commission a homologué le tarif 23 (Services offerts dans les chambres d'hôtel et de motel) après que l'opposante ait retiré son opposition.

Conformément à une entente avec la SOCAN, la Commission a homologué une hausse des redevances que paie la Société de télédiffusion du Québec de 180 000 $ à 216 000 $. Conformément à une entente entre la Fédération des associations de propriétaires de cinémas du Canada et la SOCAN, la Commission a homologué des nouveaux taux de redevances pour le tarif 6 (Cinémas). Ces taux atteignent 1,50 $ par siège en 2013. Conformément à une entente entre diverses ligues de sport et la SOCAN, la Commission a homologué des nouveaux taux pour le tarif 9 (Événements sportifs). Ces taux atteignent 0,1 pour cent des revenus en 2011 et 2012.

Enfin, conformément à une entente entre certains opposants au tarif et la SOCAN, la Commission a homologué le tarif 24

La Commission a estimé que ces taux devraient générer environ 1,8 million de dollars en redevances pour l'année 2008.

Les intervenantes du milieu des arts et des sports, toujours en négociation avec Ré:Sonne à propos de parties du tarif s'appliquant à d'autres événements en direct tels que les événements sportifs, les concerts, les spectacles d'humour, les spectacles de magie, les représentations théâtrales et les spectacles de danse, ont toutefois formulé des commentaires sur l'utilisation de musique de fond dans la partie E du tarif et sur le partage de renseignements recueillis lors de l'application du tarif entre Ré:Sonne et la SOCAN.

La partie E du tarif tel que proposé viserait toute utilisation de musique durant l'événement. Les opposants du domaine des arts s'opposaient au fait que la partie E s'applique à toutes les utilisations de musique, qu'elles soient de premier plan ou de fond. Selon eux, cela mène à des redevances pour la musique de fond incorrectement fondées sur les ventes de billets de l'événement. La Commission a clarifié dans sa décision qu'un événement en direct ne comprenant que de la musique de fond n'est pas assujetti au projet de tarif et ajusté le libellé du tarif en conséquence.

Tout comme Ré:Sonne et contrairement aux intervenantes du milieu des sports, la Commission s'est dite d'avis que le partage d'information entre sociétés de gestion traitant avec les mêmes utilisateurs pour une même assiette tarifaire est souhaitable et efficient. Le tarif prévoit donc le partage d'information entre Ré:Sonne et la SOCAN. D'ailleurs, plusieurs tarifs homologués par la Commission permettent le partage de renseignements entre sociétés de gestion relativement à des tarifs qui ne sont pas conjoints. La Commission a aussi conclu que les délais pour traiter des erreurs de paiement resteront les mêmes, même si Ré:Sonne et les opposants avaient déjà convenu de changer les délais pour rallonger indéfiniment la période de collection du moins-perçu tout en limitant à un an la période de remboursement du trop-perçu.

Le 29 juin 2012 – Tarifs d'application générale de la SOCAN

La SOCAN a déposé des projets de tarifs des redevances à percevoir pour l'exécution en public ou la communication au public par télécommunication, au Canada, d'œuvres musicales ou dramatico-musicales, pour les années 2006 à 2013. Ces projets ont été publiés dans la *Gazette du Canada*, accompagnés d'un avis selon lequel les utilisateurs éventuels ou leurs représentants pouvaient s'opposer aux projets dans les délais prescrits. Bon nombre de tarifs dont traitent ces motifs n'ont pas été contestés et ont été homologués tels quels. Certains reflètent des ententes conclues entre la SOCAN et les utilisateurs. Deux affaires ont été laissées en suspens.

Les projets suivants reprenaient le dernier texte homologué et n'ont fait l'objet d'aucune contestation. La Commission les a homologués tels que proposés.

Pour les années 2009 et 2010

- Tarif 13.A (Transports en commun – Avions)

Pour les années 2009 à 2012

- Tarif 2.D (Télévision – Société Radio-Canada)
- Tarif 5.A (Expositions et foires)
- Tarif 12 (Parcs thématiques, *Ontario Place Corporation* et établissements du même genre;
- *Paramount Canada's Wonderland* et établissements du même genre)



Partie du tarif	Titre	Redevances			Minimum
5.C	Bars karaoké et établissements du même genre	3 jours ou moins par semaine	86,06 $		s. o.
		4 jours ou plus par semaine	124,00 $		
5.D	Festivals, expositions et foires	jusqu'à 25 000 personnes d'assistance	8,39 $	par jour	s. o.
		25 001 à 50 000	21,78 $		
		50 001 à 75 000	42,05 $		
		Si l'assistance dépasse 75 000 personnes			
		jusqu'à 100 000	0,0054 $	par personne	
		les 100 000 clients suivants	0,0024 $		
		les 300 000 clients suivants	0,0018 $		
		les clients additionnels	0,0013 $		
5.E	Cirques, spectacles sur glace, feux d'artifice, spectacles son et lumière et événements du même genre	0,8 pour cent des recettes brutes			61,85 $
5.F	Parades	4,39 $ par char allégorique			32,55 $
5.G	Parcs, rues et autres endroits publics	16,28 $ par jour, jusqu'à concurrence de 111,47 $ pour toute période de 3 mois			s. o.

Avant d'homologuer un tarif qui reflète des ententes, il est habituellement préférable d'examiner : a) la mesure dans laquelle les parties aux ententes peuvent s'exprimer au nom de tous les utilisateurs et b) si les prétentions mises de l'avant par d'anciennes parties ou des tiers utilisateurs ont été prises en compte.

L'Association canadienne des restaurateurs et des services alimentaires et l'HAC, lesquelles représentent respectivement plus de 30 000 membres de la restauration et plus de 90 pour cent des hôtels du Canada, ont donné leur accord aux parties A à C du projet de tarif. Les parties D à G ont fait l'objet de l'approbation des sociétés du milieu des festivals. La Commission a conclu que ces parties sont en mesure d'exprimer le point de vue des utilisateurs de ces parties du tarif. Après examen du dossier, la Commission a aussi conclu qu'il y avait tout lieu de croire que les prétentions pertinentes d'anciennes parties et de tiers utilisateurs avaient été abordées.

Bien qu'aucun opposant n'ait soulevé cette question, la Commission a interrogé les parties sur les différences entre les taux de redevances proposés pour les différentes parties du tarif de Ré:Sonne et ceux des tarifs de la SOCAN correspondants. Ré:Sonne a expliqué que les différences entre les taux étaient le résultat d'un compromis global entre Ré:Sonne et les opposants respectifs, afin d'établir les tarifs sans recourir à une audience. On a tenu compte de la différence des droits administrés par les deux sociétés de gestion et du fait que les taux de la SOCAN n'ont pas été révisés depuis assez longtemps.

Les taux que la Commission a homologués sont les suivants :

Partie du tarif	Titre	Redevances			Minimum
5.A	Musique enregistrée accompagnant un spectacle en direct dans un cabaret, un café, un club, un restaurant, une auberge, une taverne et un établissement du même genre	0,9 pour cent de la compensation pour divertissement versée			37,64 $
5.B	Réceptions, congrès, assemblées et présentations de mode	1-100 places	9,25 $ sans danse	18,51 $ avec danse	s. o.
		101-300 places	13,30 $ sans danse	26,63 $ avec danse	
		301-500 places	27,76 $ sans danse	55,52 $ avec danse	
		plus de 500 places	39,33 $ sans danse	78,66 $ avec danse	

Exécution publique de la musique



Arrière-plan

Le régime prévu aux articles 67 et suivants de la *Loi* s'applique à l'exécution publique ou la communication au public par télécommunication de la musique. La musique fait l'objet d'une exécution publique lorsqu'elle est chantée ou jouée dans un endroit public, soit dans une salle de concert, un restaurant, un stade de hockey, sur la place publique ou ailleurs. La musique est communiquée au public par télécommunication lorsqu'elle est transmise à la radio, à la télévision ou sur Internet. Les sociétés de gestion perçoivent auprès des utilisateurs les redevances prévues dans les tarifs homologués par la Commission.

Dépôt de projets de tarifs

En mars 2013, la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN) et Ré:Sonne, Société de Gestion de la Musique (Ré:Sonne) ont déposé leur projet de tarifs respectif pour l'année 2014; certains tarifs portent sur plusieurs années.

Audiences

Au cours de l'exercice financier, la Commission a tenu une audience, à l'égard des tarifs 8.A et 8.B de Ré:Sonne (Diffusion simultanée et webdiffusion; Webdiffusion semi-interactive). L'audience a eu lieu du 24 septembre au 4 octobre et le 6 novembre 2012.

Décisions

Six décisions ont été rendues au cours de l'exercice financier, comme suit :

Le 25 mai 2012 – Tarif 5 de Ré:Sonne (Utilisation de musique pour accompagner des événements en direct, 2008-2012)

Le 30 mars 2007, Ré:Sonne déposait son projet de tarif portant sur l'exécution en public et la communication au public par télécommunication de musique enregistrée pour accompagner des événements en direct pour les années 2008 à 2012. L'Association des hôtels du Canada (HAC) est la seule à s'y être opposée. Le 20 mars 2009, la Commission accordait le statut d'intervenante avec pleins droits de participation à un certain nombre de parties regroupées selon qu'elles provenaient du milieu des arts, du milieu des festivals, de l'industrie de l'accueil ou du milieu des sports.

À la suite de négociations suivies d'ententes entre les parties, Ré:Sonne a proposé le 15 juin 2010 un nouveau texte de projet de tarif, comportant les parties suivantes :

- Partie A : spectacles en direct dans un cabaret, un café, un club, un restaurant, une auberge, une taverne et un établissement du même genre;
- Partie B : réceptions, congrès, assemblées et présentations de mode;
- Partie C : bars karaoké et établissements du même genre;
- Partie D : festivals, expositions et foires;
- Partie E : cirques, spectacles sur glace, feux d'artifice, spectacles son et lumière et événements du même genre;
- Partie F : parades;
- Partie G : spectacles dans les parcs, rues et autres endroits publics.

Ré:Sonne a demandé que la Commission homologue ces parties de tarif, en conformité avec les ententes qu'elle avait conclues avec les parties.

Commissaire



M^e J. Nelson Landry a été nommé en février 2010 comme commissaire à temps partiel pour cinq ans. M^e Landry agit comme arbitre en noms de domaine pour l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, OMPI. De 2002 à 2005, il a travaillé à l'Institut canadien de la propriété intellectuelle où il donnait le cours de formation d'agent de brevets – Contrefaçon et validité. En 2003, il a enseigné à temps partiel un cours de Gestion de la propriété intellectuelle au niveau MBA aux Hautes Études Commerciales à l'Université de Montréal et de 1969 à 2002, M^e Landry était avocat au cabinet Ogilvy Renault dont il a pris sa retraite comme associé principal en 2002. M^e Landry est diplômé de l'Université de Montréal où il a obtenu un baccalauréat ès arts en 1959 et un baccalauréat ès sciences en 1965. Il a également été diplômé en droit civil à l'Université McGill en 1968 et est membre du Barreau du Québec depuis 1969.

*Note : Des renseignements détaillés concernant les ressources de la Commission, y compris son budget des dépenses, figurent dans son Rapport sur les plans et priorités pour 2012-2013 (Partie III du Budget des dépenses) et dans son Rapport de rendement pour 2012-2013. Ces documents sont ou seront sous peu affichés sur le site Web de la Commission (**www.cb-cda.gc.ca**).*

Commissaires

Les commissaires sont nommés par le gouverneur en conseil à titre inamovible pour un mandat d'au plus cinq ans, renouvelable une seule fois.

La *Loi* précise que le président doit être un juge, en fonction ou à la retraite, d'une cour supérieure, d'une cour de comté ou d'une cour de district. Celui-ci dirige les travaux de la Commission et répartit les tâches entre les commissaires.

La *Loi* désigne le vice-président comme le premier dirigeant de la Commission. À ce titre, il assure la direction de la Commission et contrôle la gestion de son personnel.

Président



L'honorable William J. Vancise, c.r., juge à la retraite de la Cour d'appel de la Saskatchewan, a été nommé président de la Commission à temps partiel en mai 2004. Son mandat a été reconduit en 2009 pour cinq ans. L'honorable William J. Vancise est entré en fonction à la Cour du Banc de la Reine en 1982 puis en novembre 1983, à la Cour d'appel de la Saskatchewan, où il a siégé jusqu'à sa retraite en janvier 2013. En 1996, il a été nommé juge de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest. Bachelier en droit de l'Université de la Saskatchewan en 1960, il a été admis au Barreau de la Saskatchewan en 1961. D'abord associé chez Balfour and Balfour en 1961, il a été nommé partenaire chez Balfour, McLeod, McDonald, Laschuk and Kyle en 1963, cabinet dont il est devenu l'associé directeur en 1972. L'honorable William J. Vancise a reçu le titre de conseiller de la Reine en 1979.

Vice-président et premier dirigeant



M^e^ Claude Majeau a été nommé Vice-président et premier dirigeant à temps plein en août 2009 pour un mandat de cinq ans. Avant sa nomination, il occupait le poste de Secrétaire général de la Commission du droit d'auteur depuis 1993. Avant de se joindre à la Commission, M^e^ Majeau a travaillé au ministère des Communications du Canada de 1987 à 1993 à titre de directeur (Communications et Culture) pour la région du Québec. De 1984 à 1987, il a été chef de cabinet du Sous-ministre du même ministère. Avant 1984, M^e^ Majeau a occupé divers postes ayant trait aux industries culturelles et des communications et à la politique publique. M^e^ Majeau a obtenu un baccalauréat en droit (LL.B.) de l'Université du Québec à Montréal en 1977. Il est également membre du Barreau du Québec depuis 1979.

pour ceux qui comparaissent devant elle. Sans eux, on ne saurait aspirer au minimum de cohérence essentielle à tout processus décisionnel.

Parmi les principes que la Commission a ainsi établis, certains des plus constants sont : la cohérence interne des tarifs pour l'exécution publique de la musique; les aspects pratiques tels que la facilité d'administration afin d'éviter d'avoir recours à des structures tarifaires dont la gestion serait difficile dans un marché donné; la recherche de pratiques non discriminatoires; l'usage relatif d'œuvres protégées; la prise en compte de la situation canadienne; la stabilité dans l'établissement de structures tarifaires afin d'éviter de causer un préjudice; ainsi que les comparaisons avec des marchés de substitution et avec des marchés étrangers.

contenu non commercial généré par l'utilisateur, la reproduction à des fins privées, la copie d'émissions pour écoute ou visionnement en différé, les copies de sauvegarde, les copies éphémères faites par des entreprises de radiodiffusion et certaines activités par les établissements d'enseignement pourraient également toutes avoir une incidence sur certaines utilisations qui sont ou qui pourraient être assujetties à des tarifs de la Commission.

Les pouvoirs généraux de la Commission

La compétence de la Commission porte sur des aspects de fond et de procédure. Certains pouvoirs lui sont attribués dans la *Loi*, de façon expresse; d'autres lui sont reconnus implicitement par la jurisprudence.

Règle générale, la Commission tient des audiences. Elle peut aussi procéder par écrit pour éviter à un petit utilisateur les dépenses additionnelles qu'entraîneraient la tenue d'audiences. On dispose aussi, sans audience, de certaines questions préliminaires ou intérimaires. Jusqu'à maintenant, la Commission n'a pas tenu d'audiences pour traiter d'une demande de licence d'utilisation d'une œuvre dont le titulaire de droits d'auteur est introuvable. L'information pertinente est obtenue par écrit ou au moyen d'appels téléphoniques.

Le processus d'examen est toujours le même. Un tarif prend effet un premier janvier. Au plus tard le 31 mars précédent, la société de gestion doit déposer un projet de tarif, que la Commission fait paraître dans la *Gazette du Canada*. Les utilisateurs visés par le projet (ou dans le cas de la copie privée, toute personne intéressée) ou leurs représentants peuvent s'opposer au projet dans les soixante jours de sa parution. La société de gestion et les opposants présentent leurs arguments oraux et écrits. Après délibération, la Commission homologue le tarif, le fait paraître dans la *Gazette du Canada* et fait connaître par écrit les motifs de sa décision.

Les principes et contraintes qui influencent les décisions de la Commission

Plusieurs balises viennent encadrer le pouvoir d'appréciation de la Commission. La source de ces contraintes peut être externe : loi, règlements et décisions judiciaires. D'autres lignes de conduite sont établies par la Commission elle-même, dans ses décisions.

Les décisions de justice ont pour une large part défini le cadre juridique à l'intérieur duquel la Commission exerce son mandat. Pour la plupart, ces décisions portent sur des questions de procédure ou appliquent les principes généraux du droit administratif aux circonstances particulières de la Commission. Cela dit, les tribunaux judiciaires ont aussi établi plusieurs principes de fond auxquels la Commission est soumise.

La Commission dispose aussi d'une mesure importante d'appréciation, particulièrement lorsqu'il s'agit de questions de fait ou d'opportunité. Dans ses décisions, la Commission a elle-même mis de l'avant certains principes directeurs. Ils ne lient pas la Commission. On peut les remettre en question à n'importe quel moment, et le fait pour la Commission de se considérer liée par ceux-ci constituerait une contrainte illégale de sa discrétion. Ces principes servent quand même de guide tant pour la Commission que

Contexte opérationnel



Historique

C'est en 1925 que la première société canadienne de gestion du droit d'exécution publique, la *Canadian Performing Rights Society* (CPRS), une filiale de la PRS anglaise, a été mise sur pied. En 1931, la *Loi* était modifiée à plusieurs égards. L'obligation d'enregistrer toutes les cessions de droits était abolie. En lieu et place, obligation était faite à la CPRS de produire une liste des titres de toutes les œuvres faisant partie de son répertoire et de déposer des tarifs auprès du ministre. Ce dernier pouvait mettre en branle un processus d'examen des activités de la CPRS s'il était d'avis que le comportement de la société allait à l'encontre de l'intérêt public. Après une telle enquête, le gouvernement avait le pouvoir d'établir les droits que la société pourrait percevoir.

Deux enquêtes ont été tenues, en 1932 et en 1935. La seconde a recommandé la mise sur pied d'un organisme chargé d'examiner les tarifs pour l'exécution publique de la musique sur une base continue et avant qu'ils entrent en vigueur. En 1936, une modification à la *Loi* a créé la Commission d'appel du droit d'auteur.

La Commission du droit d'auteur du Canada a pris en charge les compétences de la Commission d'appel du droit d'auteur le 1er février 1989. Sous réserve de modifications mineures, on a reconduit le régime régissant l'exécution publique de la musique. La nouvelle Commission s'est vue attribuer deux autres domaines de compétence : la gestion collective de droits autres que le droit d'exécution d'œuvres musicales et l'octroi de licences pour l'utilisation d'œuvres publiées dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable. Plus tard la même année, la *Loi de mise en œuvre de l'Accord de libre-échange Canada-États-Unis* confiait à la Commission la tâche d'établir le montant des redevances à verser pour le nouveau régime de licence obligatoire visant les œuvres retransmises sur des signaux éloignés de radio et de télévision, ainsi que celle de répartir ces redevances.

Le projet de loi C-32 (*Loi modifiant la Loi sur le droit d'auteur*), dont la sanction royale a été donnée le 25 avril 1997, a fait en sorte que la Commission est également responsable de l'établissement de tarifs pour l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, au bénéfice des artistes-interprètes et des producteurs de ces enregistrements (« les droits voisins »), de l'établissement de tarifs pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées, au bénéfice des titulaires de droits sur les œuvres, les prestations enregistrées et les enregistrements sonores (« le régime de la copie privée ») et de l'établissement de tarifs pour l'enregistrement (*off-air taping*) et l'utilisation d'émissions de radio et de télévision à des fins pédagogiques (« les droits éducatifs »).

La *Loi sur la modernisation du droit d'auteur* (projet de loi C-11) a reçu la sanction royale le 29 juin 2012; plusieurs de ses dispositions sont entrées en vigueur le 7 novembre 2012. Cette législation, qui ne modifie pas le mandat de la Commission ou sa façon de fonctionner, crée de nouveaux droits et exceptions qui auront une incidence sur son travail.

L'entrée en vigueur de nouveaux droits de distribution et de mise à disposition pour les auteurs, les artistes-interprètes et les producteurs d'enregistrements sonores pourraient influencer certains tarifs et licences existants et futurs, tout comme l'ajout de l'éducation, de la parodie et de la satire comme fins admissibles à l'exception d'utilisation équitable. Les exceptions, nouvelles ou modifiées, visant entre autres le

Mandat de la Commission



Créée le 1er février 1989, la Commission du droit d'auteur du Canada (la « Commission ») a succédé à la Commission d'appel du droit d'auteur. La Commission est un organisme de réglementation économique investi du pouvoir d'établir, soit de façon obligatoire, soit à la demande d'un intéressé, les redevances à verser pour l'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur, lorsque la gestion de ce droit est confiée à une société de gestion collective. Par ailleurs, la Commission exerce un pouvoir de surveillance des ententes intervenues entre utilisateurs et sociétés de gestion, délivre elle-même certaines licences lorsque le titulaire du droit d'auteur est introuvable, et peut établir l'indemnité à verser par un titulaire de droits à un utilisateur lorsque l'entrée en vigueur d'un nouveau droit risque de porter préjudice à ce dernier.

La *Loi sur le droit d'auteur* (la « *Loi* ») exige que la Commission homologue des tarifs dans les domaines suivants : l'exécution ou la communication publique d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores d'œuvres musicales, la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, la reproduction d'émissions de radio et de télévision par les établissements d'enseignement, et la copie privée. Dans les autres domaines où les droits sont gérés collectivement, la Commission peut, à la demande d'une société de gestion collective, homologuer un tarif. Sinon, la Commission peut agir à titre d'arbitre entre la société et l'utilisateur, si ceux-ci ne peuvent s'entendre sur les modalités d'une licence.

Les responsabilités de la Commission en vertu de la *Loi* sont de :

- homologuer les tarifs pour
  - l'exécution publique et la communication au public par télécommunication d'œuvres musicales et d'enregistrements sonores;
  - l'accomplissement de tout acte protégé mentionné aux articles 3, 15, 18 et 21 de la *Loi*, tel que la reproduction d'œuvres musicales, d'enregistrements sonores, de prestations et d'œuvres littéraires;
  - la retransmission de signaux éloignés de télévision et de radio, ou pour la reproduction et l'exécution publique par des établissements d'enseignement, à des fins pédagogiques, d'émissions ou de commentaires d'actualité et toute autre émission de télévision et de radio.
- fixer les redevances pour la copie pour usage privé d'œuvres musicales enregistrées;
- fixer les redevances payables par un utilisateur à une société de gestion, s'il y a mésentente sur les redevances ou sur les modalités afférentes;
- se prononcer sur des demandes de licences non exclusives pour utiliser une œuvre publiée, la fixation d'une prestation, un enregistrement sonore publié ou la fixation d'un signal de communication dont le titulaire du droit d'auteur est introuvable;
- examiner les ententes conclues entre une société de gestion et un utilisateur et déposées auprès de la Commission par une partie, lorsque le Commissaire de la concurrence estime que l'entente est contraire à l'intérêt public;
- être dépositaire des ententes avec les sociétés de gestion déposées par une des parties à l'entente dans les quinze jours suivant leur conclusion;
- fixer l'indemnité à verser, à l'égard d'actes protégés suite à l'adhésion d'un pays à la Convention de Berne, à la Convention universelle ou à l'Accord instituant l'Organisation mondiale du commerce, mais qui ne l'étaient pas au moment où ils ont été accomplis.

Finalement, le ministre de l'Industrie peut enjoindre à la Commission d'entreprendre toute étude touchant ses attributions.

Message du président

Il s'agit du vingt-cinquième rapport annuel de la Commission du droit d'auteur du Canada et du huitième rapport annuel de mon mandat comme président dans lequel je décris les activités de la Commission au cours du dernier exercice financier.

En 2012-2013, la Commission a tenu trois audiences à l'égard de : la diffusion simultanée et la webdiffusion des enregistrements sonores, la copie privée, et la copie de documents par les gouvernements provinciaux et territoriaux.

La Commission a rendu 13 décisions, finales ou interlocutoires, durant l'année financière. Cinq portaient sur l'exécution publique de la musique : la musique enregistrée pour accompagner des événements en direct; divers tarifs d'application générale de la Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SOCAN); la musique enregistrée pour accompagner des activités physiques; la musique transmise par des services de musique en ligne; les œuvres musicales utilisées pour les sonneries et sonneries d'attente. Trois portaient sur la reproduction de la musique : les œuvres musicales incorporées à des œuvres cinématographiques; une décision provisoire rouvrant le tarif à l'égard des œuvres musicales incorporées à des œuvres cinématographiques; une décision provisoire visant le tarif pour la radio commerciale. La Commission a aussi rendu une décision portant sur les redevances payables pour la copie de documents dans les écoles primaires et secondaires, suite à une décision de la Cour Suprême du Canada qui a renvoyé l'affaire à la Commission pour réexamen.

Trois décisions portaient sur des arbitrages à l'égard de la Société du droit de reproduction des auteurs, compositeurs et éditeurs au Canada (SODRAC) et la Société Radio-Canada (SRC) ou de la SODRAC et Astral. Finalement, une décision provisoire portait sur la retransmission de signaux éloignés de télévision.

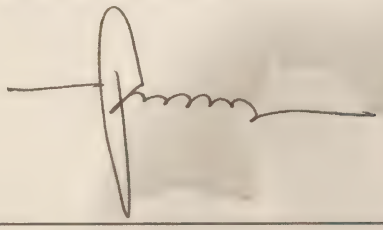
Toutes ces décisions sont résumées dans ce rapport, de même que les décisions des instances judiciaires, et en particulier celles de la Cour Suprême de Canada.

Au cours du dernier exercice financier, huit licences ont également été délivrées en vertu des dispositions de la *Loi sur le droit d'auteur* qui permettent l'utilisation d'œuvres publiées lorsque les titulaires de droits d'auteur sont introuvables.

J'ai été invité à représenter la Commission lors d'une session intitulée « *Music Industry Issues including Collecting Societies* », dans le cadre du 20e congrès annuel sur le droit et la politique de la propriété intellectuelle à l'université Fordham.

Jacinthe Théberge a quitté la Commission en 2012 à la fin de son mandat de cinq ans à titre de commissaire à temps plein. Je la remercie pour son service dévoué et sa contribution au sein de la Commission.

En conclusion, je tiens à remercier mes collègues, ainsi que le personnel de la Commission pour leur appui et leur collaboration au cours de cette année très chargée. La Commission a le privilège de pouvoir compter sur des employés dévoués et compétents et, grâce à eux, la notion de service public prend tout son sens. Leur expertise et leur éthique de travail permettent à la Commission de bien mener ses travaux.



L'honorable William J. Vancise, c.r.

Commissaires et personnel de la Commission



au 31 mars 2013

Président :	L'honorable William J. Vancise, c.r.
Vice-président et premier dirigeant :	M[e] Claude Majeau
Commissaire :	M[e] J. Nelson Landry
Secrétaire général :	Gilles McDougall
Avocat général :	M[e] Mario Bouchard
Avocat(s)-conseil :	M[e] Sylvain Audet M[e] Valérie Demers
Directeur de la recherche et de l'analyse :	Raphaël Solomon
Analyste économique :	Marjolaine Jarry
Greffier(ère)s adjoint(e)s :	Nadia Campanella Maryse Choquette Roch Levac
Agents au greffe :	Sid J. Bateman Tina Lusignan
Gestionnaire, Services ministériels :	Nancy Laframboise
Adjointe aux finances et à l'administration :	Joanne Touchette
Agent au soutien technique :	Michel Gauthier

Table des matières

MESSAGE DU PRÉSIDENT 5

MANDAT DE LA COMMISSION 6

CONTEXTE OPÉRATIONNEL 7

COMMISSAIRES 10

EXÉCUTION PUBLIQUE DE LA MUSIQUE 12

RÉGIME GÉNÉRAL 27

PROCÉDURES D'ARBITRAGE 34

DROITS ÉDUCATIFS 43

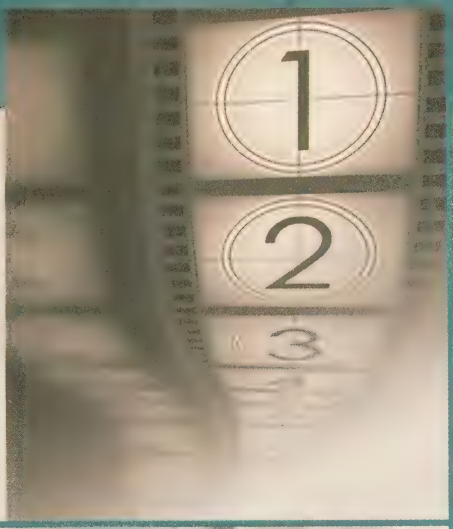
RETRANSMISSION DE SIGNAUX ÉLOIGNÉS 44

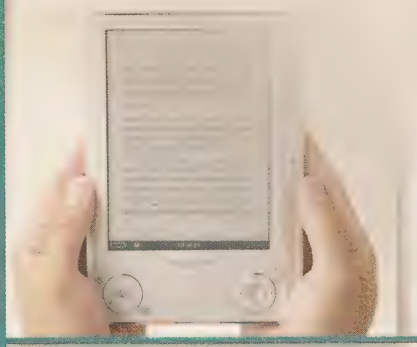
COPIE POUR USAGE PRIVÉ 45

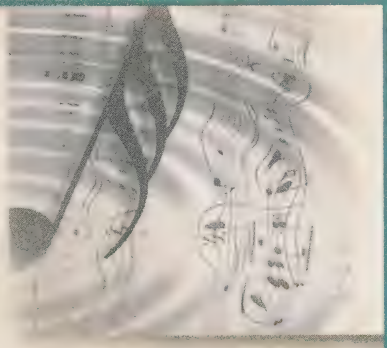
TITULAIRES DE DROITS D'AUTEUR INTROUVABLES 46

INSTANCES JUDICIAIRES 47

ENTENTES DÉPOSÉES AUPRÈS DE LA COMMISSION 65









Rapport annuel 2012-2013

Commission du droit d'auteur du Canada